

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER  
FACULTÉ DE DROIT

---

# LA PROMESSE DE CONTRAT

dans le droit du patrimoine

---

## THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Pierre SABATIER

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

---

JURY

MM. BECQUÉ, professeur, président.

VIALLETON, professeur.

DEMONTÈS, professeur.

Assesseurs.

---

MONTPELLIER  
IMPRIMERIE MARI-LAVIT  
1, RUE DE SAUVAGES, 1

1936



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41555203\\_0008](https://archive.org/details/IA41555203_0008)





LA PROMESSE DE CONTRAT

DANS LE DROIT DU PATRIMOINE



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER  
FACULTÉ DE DROIT

---

# LA PROMESSE DE CONTRAT

dans le droit du patrimoine

---

## THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

Pierre SABATIER

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

---

JURY

MM. BECQUÉ, professeur, président.

VIALLETON, professeur.

DEMONTÈS, professeur

*Assesseurs*

---

MONTPELLIER  
IMPRIMERIE MARI-LAVIT  
1. RUE DE SAUVAGES. 1

1936

# FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

---

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International  
Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, Professeur de Droit Commercial.

ANTONELLI, Professeur d'Economie politique.

TISSET, agrégé d'Histoire du Droit.

DELBEZ, agrégé de Droit public.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

LEMERCIER, chargé de cours de Droit romain.

VALÉRY, Doyen honoraire, Correspondant de l'Institut

DONAT, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.

---



## JURY

MM. BECQUE, professeur, président.

VIALLETON, professeur.

DEMONTES, professeur.

| Assesseurs

---

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

# TABLE DES MATIERES

---

|                       |   |
|-----------------------|---|
| INTRODUCTION. . . . . | 7 |
|-----------------------|---|

## PREMIERE PARTIE

### UTILITÉ ET VALIDITÉ DE LA PROMESSE DE CONTRAT

#### CHAPITRE PREMIER

#### LA PRATIQUE DE LA PROMESSE DE CONTRAT

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| SECTION I. — <i>Exemples de promesses de contrat tirés de la jurisprudence.</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 20 |
| § 1. — <i>La promesse de vente.</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 21 |
| La promesse de vente pure et simple. La vente à la dégustation. — La promesse de vente accessoire à un autre contrat. — Le bail avec promesse de vente. — La promesse de vente insérée dans un contrat de mariage : la clause commerciale. — La promesse de vente insérée dans un testament. — Forme particulière : le pacte de préférence. — La promesse d'achat. — Les ventes à option en matière commerciale. |    |
| § 2. — <i>La promesse de louage de chose et la promesse de louage de services.</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 36 |
| § 3. — <i>La promesse de société.</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 39 |
| § 4. — <i>La promesse de contrat solennel.</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 42 |
| § 5. — <i>La promesse de contrat réel.</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 43 |
| § 6. — <i>La clause compromissoire.</i> . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 49 |

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| SECTION II. — <i>Distinction entre la promesse et le contrat définitif.</i>         | 51 |
| Liaison de la promesse et du contrat.                                               |    |
| § 1. — <i>Différence entre la promesse de contrat réel et le contrat réel</i> ..... | 53 |
| § 2. — <i>La promesse de contrat consensuel</i> .....                               | 55 |
| Caractère unilatéral de la promesse. — L'article 1589.                              |    |

## CHAPITRE SECOND

### VALIDITE DE LA PROMESSE

|                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| SECTION I. — <i>Licéité de la promesse</i> .....                                                                          | 70 |
| SECTION II. — <i>Conditions de validité</i> .....                                                                         | 76 |
| § 1. — <i>Le consentement</i> .....                                                                                       | 77 |
| Caractère consensuel de la promesse de contrat. —<br>Promesse d'un contrat solennel ou soumis à des formalités spéciales. |    |
| § 2. — <i>La capacité</i> .....                                                                                           | 82 |
| § 3. — <i>L'objet; détermination des éléments essentiels</i> .....                                                        | 83 |
| § 4. — <i>La cause</i> .....                                                                                              | 86 |

## DEUXIEME PARTIE

### EFFETS DE LA PROMESSE DE CONTRAT

#### CHAPITRE PREMIER

#### EFFETS DE LA PROMESSE AVANT SA REALISATION

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Source de l'obligation du promettant</i> .....                          | 91  |
| § 2. — <i>Nature du droit du bénéficiaire de la promesse</i> .....                | 95  |
| Droit éventuel. Droit personnel. Droit mobilier. ....                             |     |
| § 3. — <i>Conséquences des caractères reconnus au droit du bénéficiaire</i> ..... | 100 |
| § 4. — <i>Transmissibilité du droit du bénéficiaire</i> .....                     | 104 |
| § 5. — <i>Protection du droit créé</i> .....                                      | 110 |

## CHAPITRE II

### REALISATION DE LA PROMESSE

|                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Formes de la levée de l'option. Capacité requise.....</i>                                                                                               | 120 |
| § 2. <i>Effets de la levée de l'option.....</i>                                                                                                                   | 122 |
| Date de la conclusion du contrat. — La lésion.                                                                                                                    |     |
| § 3. — <i>Refus de réaliser le contrat.....</i>                                                                                                                   | 128 |
| 1 <sup>re</sup> opinion: la levée de l'option conclut le contrat<br>« ipso facto ». Critique. — 2 <sup>e</sup> opinion: les dommages<br>et intérêts. Application. |     |
| § 4. — <i>Contravention à la promesse.....</i>                                                                                                                    | 136 |
| Recours contre le promettant. — La question du re-<br>cours contre le tiers.                                                                                      |     |

## TROISIEME PARTIE

### EXTINCTION DE LA PROMESSE

#### CHAPITRE PREMIER

#### DUREE DE LA PROMESSE

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Cas où aucun délai n'est fixé.....</i> | 150 |
| § 2. — <i>Cas où un délai est fixé.....</i>      | 155 |

#### CHAPITRE II

### LA PROMESSE DE CONTRAT ET LES EVENEMENTS ULTERIEURS

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. — <i>Changements intervenus dans la personne des parties.</i> | 166 |
| § 2. — <i>Modification dans l'objet du contrat.....</i>            | 180 |
| § 3. — <i>La clause « Sic rebus stantibus ».....</i>               | 192 |
| CONCLUSION. . . . .                                                | 197 |
| BIBLIOGRAPHIE. . . . .                                             | 203 |



## INTRODUCTION

---

Dans le système individualiste du Code civil, le contrat a un rôle très important. L'homme est considéré comme souverain et il n'appartient à personne, sauf à lui-même, de restreindre sa souveraineté. L'obligation, étant une limitation de cette souveraineté, ne peut résulter que de sa propre volonté. L'individu fait acte d'auto-limitation, il est libre et indépendant, jusqu'au moment où il s'est lié volontairement envers autrui, jusqu'au moment où il a contracté. Les obligations légales sont l'exception et, par la théorie du contrat social, elles se ramènent toutes à la libre volonté des individus.

Le contrat, manifestation habituelle de la volonté humaine, est donc la source principale des obligations et ces deux sujets, connexes par certains côtés, mais en fait très distincts, ont été fondus l'un dans l'autre par le législateur de 1804 qui traite à la fois des contrats et des obligations dans le titre III du livre III du Code civil.

Le contrat est la cause génératrice de la grande majorité des rapports pécuniaires qui unissent les personnes. Son domaine s'est largement étendu depuis le droit romain où il s'appliquait uniquement à la distribution et à la cir-

culatation des richesses et non à la production et à l'organisation du travail, celles-ci tenant toutes entières dans l'institution de l'esclavage.

Le Code civil, dans son article 1101, définit le contrat comme étant une convention, c'est-à-dire un accord de volontés, et, s'il contient de nombreuses dispositions relatives aux conditions de validité et aux effets, il ne règlementement aucune la formation même de cet accord.

Cependant, l'entente de plusieurs personnes sur un même objet se réalise rarement en un trait de temps, elle exige des discussions, des négociations au cours desquelles les prétentions des parties s'affrontent et entrent en contact. L'uniformité d'opinion se forme par étapes successives et le concours des volontés, force créatrice dont dépend l'obligation, suppose une longue période de tractations, dans laquelle les parties arrêtent, peu à peu, les points sur lesquels elles arrivent à tomber d'accord.

Dans cette période précontractuelle, au point de vue du Code civil, les parties conservent leur liberté et leur indépendance. Le retrait ou la rupture des négociations reste pour chacune des parties un droit absolu. Mais M. SALEILLES a fait remarquer cependant, que « le fait d'entrer en pourparlers ne laisse plus indemne la situation respective des parties et qu'il est susceptible d'engager dans certains cas et sous certaines conditions, leur propre responsabilité » (1).

Quoiqu'il en soit, le concours de volonté suppose deux actes successifs émanés des parties en présence. Une d'elles, le pollicitant, prend l'initiative de l'opération : elle offre à une autre de conclure un contrat. L'autre accepte cette offre et cette acceptation entraîne la naissance du contrat. Un intervalle de temps plus ou moins long peut séparer

---

(1) SALEILLES. — De la responsabilité précontractuelle. *Revue Trimestrielle*, 1907, p. 697 et s.

ces deux manifestations de volontés et, dans notre droit, tant que l'acceptation n'est pas intervenue, le pollicitant peut revenir sur son initiative : l'offre est révocable « *ad nutum* », car la volonté ne saurait jamais se lier elle-même. « Quelqu'un a beau vouloir s'engager et le dire, et le manifester extérieurement, toutes ces déclarations n'empêcheront pas, qu'en réalité, il peut, le lendemain, revenir sur ce qu'il a dit. Donc, en fait, la volonté est restée libre, libre d'une liberté juridique. La liberté subsiste, c'est un fait. Le droit ne peut aller contre le fait » (2). L'offre n'est pas le contrat, elle en constitue seulement l'amorce (3). Elle ne lie pas celui dont elle émane et elle devient caduque par sa mort ou par la survenance de son incapacité.

D'ailleurs, lorsqu'on considère l'offre comme l'acte initial ouvrant les négociations, on ne peut pas la déclarer obligatoire, car elle est suivie immédiatement par une période où rien de ferme et de précis n'est convenu entre les parties, qui procèdent à des conciliabules, à des échanges de vue en perpétuel devenir.

L'offre a donc un caractère bien fragile. Il n'y a qu'un fait qui puisse mettre fin à cette liberté juridique de celui qui l'a émise : c'est l'intervention d'une volonté analogue, également libre et capable, et qui déclare accepter ce qu'on lui propose, c'est-à-dire la conclusion du contrat.

Par conséquent, si le destinataire de l'offre veut conserver l'avantage qui résulte pour lui de la pollicitation, c'est-à-dire la possibilité de former le contrat, il devra le conclure immédiatement, car il est à la merci d'une révocation, sauf l'hypothèse de l'offre accompagnée d'un délai, ou d'un cas de caducité. Et cette acceptation immédiate entraînant la conclusion définitive du contrat ne sera pas possible quand le destinataire de l'offre n'est pas prêt à

---

(2) SALEILLES : *Rev. Trim.*, 1907, art. cit.

(3) JOSSE RAND, Tome II, n° 46.

assumer les obligations qui naîtront pour lui du contrat, ou lorsqu'il veut examiner les avantages qu'il retirera de l'accord proposé.

Aussi la révocabilité de l'offre est-elle une gêne considérable, surtout à notre époque où les grosses affaires se multiplient, se compliquent et exigent souvent des préparatifs onéreux. D'autre part, il ne peut être question de déclarer la pollicitation absolument irrévocable, car ce serait restreindre considérablement l'initiative des individus qui n'oseraient plus faire aucune offre, s'il devait en résulter un engagement définitif. On a bien essayé de décider que la rétractation induite de l'offre engage la responsabilité de l'offrant, mais on n'a jamais pu déterminer les cas dans lesquels il y aurait rétractation induite. La révocabilité étant de droit, on ne peut pas dire que la révocation constitue, de la part de celui qui a fait l'offre, une faute, car il y a là l'exercice d'un droit auquel l'autre partie doit s'attendre.

Ainsi, le principe de la révocabilité demeure, et on se contente, en fait, d'y apporter des exceptions nombreuses, qui soulèvent beaucoup de difficultés et de controverses. Pour supprimer celles-ci, les parties ont à leur disposition un moyen simple qui permet de donner à l'offre cette stabilité si nécessaire à la formation du lien contractuel. L'offre est révocable, dit-on, parce que, pour aliéner sa liberté, il ne suffit pas qu'on le veuille. Il faut encore la main-mise de la part d'autrui. Lorsque cette main-mise d'une volonté extérieure intervient, la liberté est aliénée, par conséquent le destinataire n'a qu'à accepter celle-ci, en tant que telle, déclarer qu'il s'empare de la déclaration de volonté telle qu'elle lui est adressée, et son auteur perd la liberté de la révoquer. Les propositions de l'offrant deviennent irrévocables quand le destinataire indique qu'il les tiendra pour acquises, quand les parties décident d'un commun accord de les maintenir. Puisqu'il n'y a que le contrat qui

puisse permettre de ne pas tenir compte des changements de volonté ultérieurs, les parties n'ont qu'à faire une convention dans laquelle l'offrant s'engage à ne pas retirer son offre. Cette convention peut se former de plusieurs façons : tantôt le pollicitant, de sa propre initiative, s'engage à ne pas révoquer à son gré son offre, le bénéficiaire accepte immédiatement cette proposition qui ne présente pour lui que des avantages ; tantôt c'est le destinataire de la pollicitation qui fait prendre à son auteur l'engagement formel de se tenir à sa disposition pour conclure le contrat dont il est question.

Toutes les fois qu'on veut donner à l'offre un caractère de stabilité, par exemple au cas d'offre avec délai, on se fonde sur la présomption d'une sorte de convention à la réception de l'offre et ayant pour objet d'en stipuler le maintien. Mais, comme le contrat est présumé, il est difficile de déterminer exactement les droits du destinataire et les devoirs de l'offrant. On dit bien que celui-ci s'est mis à la discrétion de l'autre par son initiative personnelle, mais on ne sait pas dans quelle mesure et pour combien de temps le pollicitant a entendu se lier.

La convention préliminaire par laquelle une personne prend l'engagement de maintenir une offre, c'est-à-dire de faire un contrat, constitue la promesse de contrat. Elle crée un lien de droit au profit du destinataire qui acquiert la faculté de conclure le contrat quand il voudra. L'engagement du pollicitant est tout passif, « il doit rester à la disposition de celui à qui il fait l'offre et ne peut plus retirer sa proposition. Il n'est plus maître de sa volonté et doit subir le contrat si l'autre l'accepte » (4).

Il est souvent difficile de distinguer la promesse de contrat de l'offre avec délai d'option, puisque, en général, on admet que l'obligation du pollicitant a sa source dans

---

(4) SALEILLES. — Théorie générale de l'obligation, n° 140.

une convention. Dans la forme, la promesse de contrat comporte un délai plus long. Dans le fond, la promesse de contrat confère, à celui qui en bénéficie, un droit plus complet. Au cas d'offre avec délai, l'obligation du pollicitant est moins étendue : elle résulte d'une convention présumée, et on ne peut pas en déduire des conséquences trop rigoureuses : dans le doute, la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation (art. 1162). Aussi lorsque le pollicitant rétracte son offre, au mépris du délai stipulé, la réparation pécuniaire à laquelle il sera condamné sera moins importante que s'il y avait eu véritable promesse de contrat : elle sera seulement de « l'intérêt négatif », et on sait à quelles difficultés on se heurte, lorsqu'il s'agit de procéder à une évaluation précise. Cette différence dans le montant des dommages et intérêts, au cas d'inexécution, sera étudiée ultérieurement, et elle se justifie par ce fait que, dans l'hypothèse de promesse de contrat, il y a convention parfaite, et celui qui refuse d'exécuter sa promesse est exactement dans la situation d'un débiteur qui viole le contrat qui l'obligeait. Enfin, la promesse de contrat a une stabilité qui fait défaut à l'offre, même accompagnée d'un délai : celle-ci a un caractère personnel à celui qui l'a faite et devient caduque, si son auteur vient à décéder avant son acceptation, ou s'il vient à être frappé d'une incapacité ; la promesse de contrat, au contraire, est opposable, comme tous les contrats, aux ayants cause des parties et ne subit pas, en principe, le contre-coup des modifications intervenues dans leurs personnes.

Aussi, une convention, même tacite, est bien préférable, parce que les droits des parties sont déterminés avec plus de précision.

Les parties qui font une semblable convention, lui donnent le nom de promesse de contrat. Cette expression courante marque bien le caractère préparatoire de la pro-

messe, son rôle temporaire, son but, qui est de faciliter la conclusion du contrat prévu. Mais elle n'indique pas suffisamment le caractère irrévocable de l'offre qu'elle contient et l'origine contractuelle de l'obligation du pollicitant, qui devient le promettant, envers le destinataire, que l'on appelle le bénéficiaire ou le stipulant. Cependant, cette expression nous paraît préférable à toutes les autres, notamment au terme d'avant-contrat. Tout d'abord, ce terme technique ne se rencontre jamais en pratique. Les parties parlent de promesse de vente, de promesse de bail, etc..., et si on apprenait à une personne non avertie de la langue du droit, qu'elle fait un avant-contrat, elle manifesterait autant d'étonnement que M. JOURDAIN lorsqu'on lui disait qu'il faisait de la prose. D'autre part, ce double mot n'a pas une plus grande précision que les termes « promesse de contrat », car on peut entendre par là toutes les tractations qui précèdent un contrat, et il ne marque aucunement l'obligation de l'une des parties envers l'autre.

Enfin, les parties qui concluent un accord préparatoire à un contrat le désignent quelquefois sous le nom de compromis. Ce terme impropre doit être rejeté sans aucune hésitation. Il est de nature à créer une confusion avec le compromis, au sens juridique du mot, c'est-à-dire avec le contrat par lequel deux personnes qui ont entre elles un litige conviennent de s'en rapporter, pour sa solution, à l'appréciation d'un tiers. Il n'y a donc rien de commun entre le compromis proprement dit et la promesse de contrat. D'ailleurs, ce terme, dans le langage courant, désigne la convention par laquelle les parties s'obligent à constater par acte notarié un contrat définitif intervenu entre elles et nous aurons l'occasion de qualifier juridiquement cette convention.

Le terme promesse de contrat est le plus compréhensible et le plus usuel, c'est celui qui indique le mieux l'intention des parties et toutes ces raisons nous l'ont fait adopter.

Le contrat, toutes les fois qu'il est précédé par une promesse, ne se forme plus en un trait de temps mais par degrés successifs ; ses éléments essentiels sont rassemblés peu à peu ; ils sont échelonnés dans le temps à des espaces plus ou moins éloignés. « Cet échelonnement, comme le dit très justement M. DEMOGUE (5), s'il dure trop longtemps peut, sans doute, avoir des inconvénients, car il prolonge des situations incertaines, il est cependant trop commode pour ne pas s'imposer dans certaines limites ».

En effet, c'est là un procédé extrêmement pratique qui est d'une application générale et il se rencontre dans tous les domaines. Un acte juridique compliqué se forme rarement tout d'un coup et avant d'arriver à la perfection nécessaire pour qu'il produise des effets, il passe par des étapes intermédiaires nombreuses. A chacune de ces étapes, un élément essentiel vient s'ajouter aux précédents, qui ont donc une valeur par eux-mêmes et « l'élément réalisé est comme une pierre posée pour un monument qui reste ferme jusqu'à ce que la suivante s'y ajoute » (6). En matière contractuelle, cette formation par paliers successifs est courante, car il peut manquer à la perfection d'un contrat soit le consentement de l'une des parties, son habilitation, la solennité nécessaire dans les actes solennels ou la remise de la chose dans les contrats réels.

Cette réunion successive des éléments essentiels ne se présente pas seulement dans les contrats à but pécuniaire, mais dans tous les contrats, par exemple dans l'adoption et le mariage et on sait toutes les difficultés que soulèvent les fiançailles, c'est-à-dire la promesse de mariage. Les controverses, auxquelles ces matières donnent lieu, sont très particulières. D'autre part, notre but est d'étudier la formation des contrats proprement dits, et la nature

---

(5) Traité des obligations, t. II, p. 3.

(6) DEMOGUE : Traité des obligations, t. II, p. 5.

juridique du mariage n'est pas établie d'une façon indiscutée : si, pour les uns, il est un contrat, pour d'autres, il est une institution et certains auteurs veulent y voir, à la fois, un contrat et une institution. Pour ces raisons, nous bornerons donc notre étude aux contrats du patrimoine.

La formation successive des contrats, répondant à une nécessité certaine, la première partie de cette étude sera consacrée à l'examen des utilités multiples de la promesse de contrat et des conditions de validité qu'elle doit remplir pour jouer son rôle.

L'étude des « effets de la promesse de contrat » sera abordée dans la deuxième partie, où la situation favorable du bénéficiaire sera analysée.

Enfin, il restera à examiner dans quels cas le promettant est délié de sa promesse, parce qu'elle est éteinte ou ne peut plus être exécutée. « L'extinction de la promesse de contrat » fera l'objet de notre troisième partie.



*PREMIERE PARTIE*

**UTILITE ET VALIDITE  
DE LA PROMESSE DE CONTRAT**

---

L'utilité pratique que la promesse de contrat présente pour les parties qui y recourent, en explique le développement considérable. Etant donné qu'elle a été créée par l'usage quotidien, il convient d'étudier les avantages qu'elle procure et de dégager ce qui la distingue du contrat définitif. Ce sera l'objet du chapitre premier, consacré à l'étude de « la pratique des promesses de contrat ».

« La validité de la promesse de contrat », c'est-à-dire sa licéité et aussi les conditions qui sont nécessaires pour que le but visé par les parties soit atteint, fera l'objet du second chapitre.



## CHAPITRE PREMIER

### LA PRATIQUE DES PROMESSES DE CONTRAT

---

La promesse de contrat crée pour celui à qui elle est adressée une situation stable. A la différence du destinataire d'une offre, il sait qu'il pourra conclure le contrat quand il lui plaira, car le promettant est lié et ne peut pas retirer sa promesse. Cette sécurité juridique est pour le bénéficiaire un avantage considérable. Il peut examiner en toute tranquillité les avantages de l'affaire à lui proposée et lorsqu'il est décidé à lever l'option, c'est-à-dire à conclure le contrat définitif, il ne risque pas de se heurter à un refus du promettant, parce que celui qui a promis a émis un consentement irrévocable. La promesse de contrat est plus définitive que l'offre, et si les nécessités pratiques ont obligé la jurisprudence à reconnaître au destinataire d'une simple pollicitation un délai moral pour lui permettre d'examiner les propositions qui lui sont faites, il n'en reste pas moins que ce délai ne peut exister que dans des circonstances exceptionnelles et qu'il est strictement limité. Ici, au contraire, le promettant est à l'entière discrétion du bénéficiaire de la promesse. Mais s'il a consenti à aliéner

ainsi une partie de sa liberté, c'est parce que son intérêt bien compris lui commandait d'agir ainsi, c'est parce qu'en échange, il en a retiré ou compte en retirer des avantages. A première vue, évidemment, l'opération ne semble procurer aucun bénéfice au promettant, mais cela tient à ce que cette contre-partie, qui existe dans tous les actes juridiques, est le plus souvent lointaine ou indirecte. Par exemple, le promettant peut avoir un gros intérêt à conclure le contrat et c'est là un moyen d'en faciliter la conclusion. En effet, le bénéficiaire traitera de préférence avec le promettant car il n'aura pas à renouveler avec une tierce personne le marchandage et les discussions qui lui ont permis d'obtenir les conditions fixées dans la promesse.

## SECTION I

### EXEMPLES DE PROMESSES DE CONTRAT TIRES DE LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence actuelle montre que la promesse de contrat est de plus en plus utilisée, et, si les parties font souvent précéder la conclusion d'un contrat d'un accord préparatoire, c'est qu'elles en retirent des avantages. Autrefois, la promesse était surtout fréquente en cas de vente, mais de nos jours où les affaires vont en se compliquant sans cesse, les parties prennent de nombreuses précautions avant de se lier. La promesse constitue une étape dans la formation du contrat et la pratique y fait fréquemment appel. Les recueils d'arrêts révèlent des accords préalables, non plus seulement en matière de vente, mais encore en matière de louage de chose, de louage de service, de société, d'hypothèque, de prêt, etc... L'étude de la promesse de contrat n'est donc pas une pure spéculation de l'esprit ;

elle est intimement liée à la pratique de tous les jours et cette première section a pour objet l'examen descriptif des principaux cas où les parties font précéder leur contrat d'un acte préparatoire, car si, en principe, la promesse peut être utilisée dans toutes les hypothèses où deux personnes se proposent de se lier conventionnellement, en fait cela ne présente un intérêt que dans des cas bien déterminés.

### § 1. — LA PROMESSE DE VENTE

La vente est l'instrument juridique par excellence de la transmission des richesses et des produits de l'activité humaine. Au contact des nécessités pratiques, elle est devenue le contrat le plus perfectionné et la promesse de vente (1) ou d'achat n'est qu'un moyen de l'assouplir dans certaines hypothèses spéciales, de la rendre encore plus apte à atteindre le but poursuivi par les parties.

Dans la promesse de vente, le vendeur s'engage à transférer la propriété de la chose à l'acheteur, quand celui-ci voudra l'acheter. Elle a été l'objet de nombreuses études et le bouleversement économique résultant de la guerre et de l'après-guerre en a profondément compliqué le mécanisme.

Lorsque l'acheteur ne veut pas acquérir immédiatement la chose, parce que, par exemple, il n'en peut payer actuellement le prix ou parce qu'il craint que l'acquisition ne lui procure par la suite aucune utilité, il cherche à écarter tous les concurrents qui peuvent se présenter et pour atteindre son but, il se fait consentir une promesse de vente. Par ce moyen il ne contracte aucune obligation, il conserve toute sa liberté et cependant il acquiert la faculté d'obtenir la chose quand il lui plaira. C'est là *la promesse*

---

(1) PLANIOL et RIPERT, T. X, par Hamel, n<sup>os</sup> 174 et s., et nombreuses thèses citées dans la bibliographie.

*de vente pure et simple*. Elle est surtout, avantageuse pour l'acheteur qui se réserve ainsi l'avenir et la jurisprudence n'en montre que peu d'exemples, car il est assez rare qu'une personne qui désire vendre se lie ainsi envers une autre, s'engageant par là-même implicitement à ne pas profiter des occasions qui peuvent se présenter pour se débarrasser de sa chose.

L'article 1587 du Code civil prévoit un cas de promesse de vente pure et simple (2). Pour les matières que l'on a l'habitude de goûter, et le Code cite, à titre d'exemples, le vin et l'huile, la vente n'est réalisée que lorsque les marchandises ont été agréées par l'acheteur. « Il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ». Le fait de procéder à la dégustation ne lie aucunement l'acheteur éventuel. Il sera libre de ne pas agréer les marchandises et sa liberté est entière. Pour refuser d'acheter, il n'a aucune justification à donner, il ne peut jamais être contraint. Le vendeur, au contraire, est lié, il est tenu de fournir les choses à l'acheteur, si celui-ci se déclare prêt à les payer. Donc, la *vente à la dégustation* est très différente de la vente à l'essai, qui est « toujours présumée faite sous condition suspensive » (1588). Il résulte de là que, dans ce dernier cas, l'acheteur ne peut plus se retirer arbitrairement : le vendeur peut faire ordonner une expertise et, si les résultats sont concluants, il pourra faire maintenir la vente. On ne trouve plus alors cette liberté de contracter qui est la caractéristique de la promesse de contrat. Il est permis de se demander si le législateur de 1804 a aperçu cette différence, qui n'est aucunement justifiée ; la dégustation n'est qu'une forme particulière de l'essai, celle qui convient le mieux pour apprécier les choses qui se goûtent. L'art. 1587 constitue

---

(2) DEMOGUE, T. II, op. cit. n° 472. — PLANIOL et RIPERT, T. X, par Hamel, nos 302 et s. — REBOURS: De la clause d'option dans les contrats, p. 72.

une gêne grave pour le vendeur et le plus souvent, l'acheteur est obligé de renoncer au bénéfice qu'il lui procure. Cette renonciation peut être implicite : elle peut résulter de la détermination dans la convention de la qualité de la marchandise ; lorsqu'il a été stipulé qu'elle devait être de qualité loyale et marchande, l'expertise devient possible. La jurisprudence a limité l'application de l'article 1587 au cas de vente sur place, ou pour l'usage personnel. Toutes les fois que la vente porte sur une quantité importante de marchandises, c'est l'art. 1588 qui s'applique, c'est-à-dire que l'acheteur qui ne veut plus conclure la vente doit justifier de son refus. Les législations étrangères ont abandonné la distinction arbitraire des articles 1587 et 1588 du Code entre la vente au goûter et la vente à l'essai.

Les sociétés immobilières qui se proposent de spéculer sur l'augmentation de la valeur des terrains situés dans les centres urbains, ou à proximité de ces centres, réalisent leur but en se faisant consentir une promesse de vente. Sans avoir à immobiliser de gros capitaux, en évitant les frais et les droits de mutation qu'entraînerait nécessairement une vente immédiate à leur profit (3), elles acquièrent les terrains convoités au moment le plus favorable. Il y a là une spéculation qui peut devenir dangereuse, car elle ne réalise le plus souvent aucune « utilité au sens économique du mot. L'augmentation de la valeur du terrain résulte quelquefois de l'accaparement par une même société de tous ceux qui sont susceptibles d'être lotis, accaparement qui a pour effet de fausser la loi de l'offre et de la demande.

Enfin, la promesse de vente est un moyen permettant de réaliser des fraudes. Ainsi, dans une espèce récente qui s'est présentée devant les tribunaux, une personne s'était fait consentir une semblable promesse en stipulant qu'elle

---

(3) THIRION. — Le bail avec promesse de vente, p. 9.

aurait droit à une commission si la vente était réalisée. Le bénéficiaire de la promesse devint administrateur d'une société à laquelle il fit acheter l'immeuble. Il réclama alors au promettant le courtage convenu, mais la Cour de Cassation prononça la nullité de la stipulation de courtage car, étant agent rétribué de la société, il ne pouvait « solliciter le versement d'une prime pour l'accomplissement d'un acte rentrant dans ses attributions... d'où il résulte que le recouvrement de sa créance, laquelle présente un caractère illicite aux termes de l'art. 177, du Code pénal, ne saurait être poursuivi » (4).

Le plus souvent, la promesse de vente est consentie à l'occasion de la conclusion d'un autre contrat, très fréquemment elle est *adjointe à un bail*, et la pratique y recourt souvent, car elle est un moyen d'en parfaire les effets (5). Le preneur est dans une situation précaire, il n'a sur l'immeuble qu'un simple droit de jouissance temporaire, destiné à disparaître à l'expiration du bail, et cette incertitude sera souvent un frein à son activité. L'industriel qui a loué un immeuble hésitera à risquer de gros frais pour y apporter des modifications susceptibles de donner une ampleur nouvelle à son affaire, parce qu'il n'aura pour rentrer dans ses débours que la protection, bien illusoire, de l'article 555 du Code civil. En matière commerciale, le législateur est venu permettre au locataire commerçant de ne pas être frustré du prix de ces efforts, et la même tendance se dessine en faveur du fermier : la loi de 1933 l'autorise à réclamer, dans certains cas, au propriétaire une indemnité pour les améliorations qu'il a procurées à la terre.

Le promoteur d'une entreprise industrielle, qui dispose de capitaux modestes, se contentera de louer les immeu-

---

(4) Cas. Civ., 30 déc. 1930, D.H. 1931, 82.

(5) THIRION. — Le bail avec promesse de vente.

bles dont il a besoin. Il n'aura pas ainsi à immobiliser de grosses sommes, sa trésorerie en sera plus aisée et il pourra acheter les marchandises et les machines qui lui sont nécessaires. Si son affaire prospère, il désirera devenir propriétaire de l'usine où il est installé. En prévision du succès, il faut qu'il écarte toute menace d'expulsion à la fin du bail. Il atteindra son but en se faisant consentir une promesse de vente qui deviendra une des conditions du bail et désormais, sa situation de preneur est complètement modifiée : il cesse d'avoir un droit de jouissance précaire puisqu'il peut le transformer par sa seule volonté en un droit de propriété.

Un autre exemple de bail avec promesse de vente se trouve, en matière commerciale, dans le contrat de gérance. Le gérant stipule fréquemment, qu'à tout moment, pendant la durée du bail, il pourra acheter le fonds de commerce, moyennant un prix fixé d'un commun accord, la somme déposée en garantie de bonne gérance venant en déduction du prix.

On a prétendu qu'un pareil procédé est une entrave à la libre circulation des biens, qu'il fait naître sur le droit du propriétaire actuel, du promettant, une incertitude préjudiciable à son crédit et susceptible de rejaillir contre les tiers. Mais il faut remarquer que cette indisponibilité résultant de la promesse de vente est toujours temporaire et, qu'elle entraîne comme contre-partie une stabilité nécessaire à la prospérité de toutes les entreprises. L'individu, certain de travailler pour lui, développera son exploitation, réalisera toutes les améliorations susceptibles de lui procurer les gros bénéfices qui lui permettront de lever l'option. Il y a peut-être là le moyen le plus adéquat de procurer l'instrument de travail à celui qui l'utilise, à celui qui le rend productif. Le bailleur lui-même trouve son intérêt dans cette opération, surtout s'il s'agit de choses

mobilières (6). Restant propriétaire, il a le droit de revendiquer sa chose dans la faillite du locataire, il peut le poursuivre pour abus de confiance, s'il en dispose. D'autre part, le bailleur qui a ainsi aliéné une partie de sa liberté, exigera un loyer plus élevé, il réalisera alors un vrai placement de père de famille, et pour être assuré de toucher un revenu élevé pendant une durée bien déterminée, il stipulera que la levée de l'option ne sera possible qu'à partir d'une certaine époque.

Les avantages du bailleur en matière mobilière sont tels que les parties, bien souvent, déguisent sous le nom de bail avec promesse de vente, ce qui n'est, en réalité, qu'une vente à tempérament. Dans celle-ci, la propriété est immédiatement transférée à l'acheteur et il en résulte un certain risque pour le vendeur qui ne pourra pas recouvrer sa chose bien que le prix ne lui en ait pas été intégralement versé. Certaines législations étrangères sont venues protéger le vendeur à crédit dans des hypothèses spéciales (7). En France, seule la vente à tempérament des valeurs à lot est prévue ; elle est interdite par une loi du 14 décembre 1926. Aussi les vendeurs à crédit d'objets mobiliers, avec paiement à échéances successives, ont remédié aux dangers qui les menacent en recourant à la location-vente (8). Dans cette opération, le vendeur donne à bail l'objet de la vente et le preneur ne devient propriétaire qu'après un certain nombre de versements. Certains auteurs ont prétendu que ce contrat ne devait jamais être valable parce qu'il constituait toujours une fraude aux règles établies en matière de faillite. De plus, il est généralement stipulé que si l'acheteur n'effectue pas un des versements prévus,

---

(6) THIRION, thèse citée, p. 9.

(7) Notamment, art. 546 du Code Civ. belge et le Code de Commerce italien, art. 773, § 3.

(8) HAMEL. — Vente à tempérament et location-vente. D.H., 1930. Chronique, p. 41.

le vendeur peut résoudre le contrat de plein droit en conservant, à titre d'indemnité, les sommes qu'il a déjà reçu. Il y a là une opération d'autant plus dangereuse qu'elle s'adresse le plus souvent à une catégorie de personnes incapables de se défendre. Cependant, on ne peut pas affirmer, la bonne foi étant présumée, qu'une intention illicite ou immorale est toujours à la base d'une pareille convention. L'avantage d'un paiement fractionné permet à certaines personnes économes d'acquérir ce qu'elles n'auraient pu acheter, s'il avait fallu payer le prix en une seule fois. Aussi, bien que présentant un intérêt surtout en matière mobilière, le champ d'application de la location-vente a grandi, il s'étend même aux transactions portant sur des immeubles et la législation sur les lotissements donne lieu à des contrats très nombreux qui sont des locations-ventes. Sans vouloir analyser la nature d'une semblable convention, il convient de fournir un critérium permettant de distinguer la location-vente du bail avec promesse de vente.

Dans la location-vente, chaque versement constitue un acompte sur le prix et lorsque le nombre des versements prévus a été effectué, la propriété passe au preneur de plein droit, en principe, sans qu'il y ait à faire aucune déclaration. D'une certaine façon, on peut dire que cette acquisition est forcée et obligatoire. Pour ne pas la réaliser, il faudrait ne plus effectuer de versements et par conséquent perdre toutes les sommes qui ont été versées, subir un préjudice certain.

Dans le bail avec promesse de vente, le preneur devra nettement manifester sa volonté d'acquérir pour devenir propriétaire. S'il lève l'option, il devra verser le prix de l'objet qu'il a acheté. Dans ce cas, il y a dualité d'opérations : il y a un bail puis une vente et lorsque celle-ci est réalisée le bail disparaît, alors que dans la location-vente le louage est un élément essentiel du contrat.

Le bail avec promesse de vente prépare un transfert de propriété, la location-vente réalise ce transfert. En fait, la distinction est souvent très difficile à faire car dans la pratique ces opérations se trouvent rarement à l'état pur et simple dans lequel elles ont été décrites. Les parties peuvent, par des clauses spéciales, ajouter à l'une des opérations certains traits distinctifs de l'autre et, dans ces conventions hybrides, tenant à la fois du bail avec promesse de vente et de la location-vente, il faudra déterminer quel est le caractère prédominant pour arriver à la qualifier juridiquement. Ainsi il y a location-vente, bien que le locataire doive manifester sa volonté d'acquérir la chose et verser une somme d'argent, lorsque cette somme est tellement faible que ce sont, en réalité, les loyers versés pendant le cours du bail qui représentent la valeur de la chose. En pareil cas, on ne peut pas dire que la liberté d'option est complète, parce que le locataire a tellement intérêt à réaliser la vente qu'il serait illusoire de supposer qu'il ne le fera pas.

C'est au juge du fait qu'il appartient de décider souverainement s'il y a location-vente, ou bail avec promesse de vente, et, pour trancher cette question, il cherchera à découvrir sous les termes employés par les parties leur intention vraie, le but véritable qu'elles ont voulu atteindre (9) ; la Cour de Cassation n'interviendra que si le juge du fait, sous prétexte d'interprétation, a modifié une clause claire et précise du contrat et lui a donné une fausse dénomination, ce qui aboutirait à violer directement la loi fiscale.

Certains auteurs ont voulu faire du bail avec promesse de vente, un contrat « sui generis » auquel on devait appliquer les principes généraux. Dans certains cas, en effet, il est très difficile de dissocier le bail et la promesse de

---

(9) THIRION, thèse citée, p. 18 et s.

vente, parce que les parties les ont liés si intimement qu'il serait contraire à leur intention de les faire obéir à des règles différentes. Dans cette opinion, il faudrait voir là un acte complexe ne tenant ni de la vente ni du louage, « dont les éléments seraient indivisibles en tant qu'il s'agit de la notion de cause, de la correspondance à établir entre les avantages conférés à l'une des parties et ceux qui sont conférés à l'autre » (10). Cependant, cette opinion est abandonnée ; elle se fonde uniquement sur une présomption : on suppose que, dans tous les cas, les parties ont voulu faire une opération unique et la fragilité de cette présomption apparaît à première vue.

La promesse de vente est, le plus souvent, consentie à l'occasion d'un bail, mais elle peut encore être insérée dans un contrat de mariage ou dans un testament.

Insérée dans un contrat de mariage, elle constitue la « *clause commerciale* ». En vertu de cette clause, l'époux survivant pourra conserver, pour son compte personnel, s'il le désire, le fonds de commerce dépendant de la succession de l'époux prédécédé à charge d'en payer la valeur aux héritiers de celui-ci. Quand elle porte sur un fonds de commerce propre à l'un des époux, la majorité des auteurs, en particulier CAPITANT (11), NAST (12), l'analyse en une promesse de vente : l'époux propriétaire du fonds de commerce s'engage à le vendre à son conjoint pour le cas où celui-ci lui survivrait et consentirait à l'acquérir en payant le prix fixé par expert : « Si je meurs avant vous, dit le propriétaire du fonds à son conjoint, je promets de vous vendre mon fonds de commerce pour tel prix » (13).

---

(10) JAPIOT, note au S. 1920-2-113.

(11) Note au S., 1923-2-1.

(12) D.H., 1929, Chr. 37.

(13) PLANIOL et RIPERT, Tome VIII, par Nast, p. 46, note 2, et T. IX, n° 890 et s.

Le conjoint de l'époux propriétaire a donc la faculté d'acquérir le fonds, s'il le veut ; le promettant étant irrévocablement lié, sa dette passe à ses héritiers, le transfert de la propriété n'est réalisée qu'au jour de la levée de l'option, et celle-ci ne peut intervenir qu'après la mort de l'époux propriétaire. La clause commerciale est donc une promesse de vente conditionnelle, elle est subordonnée à la survie du bénéficiaire de la promesse, et les auteurs ont vu dans cet élément successoral la caractéristique du pacte sur succession future prohibé par la loi. Sans avoir à prendre parti sur la validité de cette clause, il faut remarquer qu'elle correspond à un désir fort légitime et tend à sauvegarder des intérêts essentiels. « Ses partisans en ont célébré la justice, parce qu'il est équitable de laisser au survivant le bénéfice d'un fonds que son travail a contribué à développer, et l'utilité, parce que c'est le moyen d'éviter la vente de ce fonds quand le défunt laisse des héritiers mineurs » (14).

On trouve aussi des exemples de promesses de vente insérées *dans des testaments*. En pareille matière, M. VIALLETON (15) fait remarquer qu'il y a lieu de distinguer la promesse de vente qui oblige déjà le testateur et dont l'insertion au testament constitue un simple rappel d'une obligation déjà existante, et la promesse de vente testamentaire proprement dite. Celle-ci est un ordre donné aux héritiers de transférer la propriété de la chose à la personne indiquée dans le testament, si elle veut l'acquérir ; l'obligation de vendre naît directement dans la personne des héritiers et n'a de valeur qu'après la mort du propriétaire et testateur. Il y a bien là un acte préparatoire d'une vente, mais c'est une promesse très originale, puisque l'obligation de contracter tient au caractère irrévocable du

---

(14) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. Jurisclasseur civil, art. 1130.

(15) S. 1930-1-161, sous civ. 21 juin 1927.

testament après la mort du testateur et à l'acceptation de la succession et non pas à un accord préalable intervenu entre l'obligé et le bénéficiaire. En réalité, il y a là une charge imposée aux héritiers et l'obligation de l'exécuter résulte de l'acceptation de la succession.

La jurisprudence fournit quelques rares exemples d'une pareille promesse testamentaire, et, dans tous les cas où elle s'est présentée, il s'agit de permettre à un copropriétaire d'acheter la part indivise du défunt dans l'immeuble possédé en commun. C'est un moyen d'assurer au copropriétaire indivis l'acquisition d'une chose à laquelle il peut tenir tout particulièrement, sans léser les héritiers, puisque dans la succession la valeur de la chose est compensée par le prix.

Dans la promesse de vente qui vient d'être décrite, le promettant est lié dès l'instant de la promesse. Pour que le propriétaire d'une chose se lie d'une façon aussi définitive, il faut qu'il soit bien décidé à s'en débarrasser. S'il n'en est pas ainsi actuellement, la personne qui voudrait s'assurer l'acquisition ne peut recourir à la promesse de vente. Pour arriver à son but, elle se fera consentir un droit de préemption sur la chose : elle utilisera « *le pacte de préférence* » (16), en vertu duquel le propriétaire prend l'engagement de lui accorder la préférence, au cas où il se déciderait à aliéner le bien convoité. « Si je vends mon immeuble; dit le propriétaire, je vous le vendrais à vous avant tout autre ». Cette promesse de vente conditionnelle est d'un emploi surtout fréquent dans les périodes de prospérité, lorsque les entreprises industrielles et commerciales entendent se ménager des possibilités d'extension. Le propriétaire, qui cherche à acquérir des parcelles contiguës à son domaine, demande un pacte de préférence à

---

(16) Le pacte de préférence. H. LALOU, D.H., 1929. Ch. 43. — PLANIOL et RIPERT, par Hamel, Tome X, n° 184. — BARTET: Le pacte de préférence. Note Bequignon-Lagarde au S. 1934, 2, 193.

son voisin, en échange d'un autre avantage ; le commerçant qui redoute l'acquisition, par un concurrent, de l'immeuble où il exerce son commerce, ou qui ne voudrait pas avoir affaire à un propriétaire autre que le propriétaire actuel, se le fait consentir par son bailleur. Il peut intervenir aussi au profit d'un parent qui ne veut pas qu'un bien sorte de la famille, ou d'un vendeur qui regrette de se séparer définitivement de sa chose, et, dans ce cas, il se rapproche du réméré. On trouve aussi des exemples de pacte de préférence dans les statuts de sociétés, et il a alors pour objet de permettre aux associés de se défendre contre les intrus : il oblige chaque membre à offrir son titre à ses coassociés avant de les céder à des tiers.

Dans quelques cas, le pacte de préférence a été consacré législativement. Ainsi, le décret-loi du 8 août 1935, abrogeant la loi du 3 mai 1841 (art. 82), conserve, dans son article 54, le droit de préemption que cette loi accordait au propriétaire exproprié sur des terrains non employés.

Telles sont les principales formes de promesse de vente, et il a paru nécessaire de les décrire assez longuement, parce que la pratique en offre de nombreux exemples attestant qu'il y a là une institution très utile. Mais, de même qu'un individu peut s'obliger à vendre son bien, on peut très bien imaginer l'opération inverse, par laquelle un individu s'engagerait à acheter une chose, lorsque son propriétaire serait décidé à la vendre. La *promesse d'achat* (17) est d'un emploi peu fréquent. POTHIER a voulu en voir un exemple dans les enchères sur licitation : l'enchérisseur s'engagerait à acheter le bien pour le prix qu'il indique, et le licitant, étant parfaitement libre, ne conclurait le contrat qu'autant qu'il ne trouverait pas un prix supérieur, l'adjudication constituant l'acceptation de la promesse

---

(17) PLANIOL et RIPERT, T. X, par Hamel, n° 183. — A. COLIN et CAPITANT, n° 514, T. II.

d'achat. Cependant, il est permis de se demander si l'émission d'une enchère n'est pas plutôt la conclusion d'un contrat définitif, la mise aux enchères constituant l'offre de contracter, et jusqu'à l'adjudication, il y aurait vente sous la condition résolutoire qu'aucune surenchère n'aura lieu.

L'utilité de la promesse d'achat se présente dans des hypothèses exceptionnelles. Il faut supposer un amateur voulant se procurer un objet rare ou l'intéressant tout particulièrement et qui veut ainsi peser sur la volonté du propriétaire, celui-ci restant d'ailleurs entièrement libre de vendre à un autre. La promesse d'achat est quelquefois liée à une vente : le propriétaire qui veut se débarrasser de sa chose, pour engager une personne à l'acquérir, peut lui promettre de la reprendre à son compte si elle n'en est pas satisfaite. Cette opération fait penser, à la fois, à la vente à l'essai et au réméré. Elle se distingue du réméré, simple faculté de rachat, en ce que le vendeur est ici dans l'obligation de reprendre le bien : la personne obligée n'est pas la même dans les deux cas. Elle se distingue de la vente à l'essai, parce que celle-ci est une vente parfaite soumise à une condition suspensive, mais qui n'en suppose pas moins le consentement des deux parties, tandis que dans l'hypothèse de rachat, le consentement de celui qui sera le vendeur fait actuellement défaut.

La promesse d'achat se trouve aussi en matière commerciale et il faut dire que dans ce domaine elle est souvent combinée avec la promesse de vente. Les opérations de bourse et de banque, dans lesquelles cette combinaison est fréquente, sont désignées par le terme générique de « *ventes à option* », qui vise de nombreux procédés de spéculations, n'ayant quelquefois rien de commun avec des promesses de vente (18).

---

(18) André LECOMTE. — *Revue Trimestrielle*, 1931. De la nature juridique des ventes à option.

En matière de bourse, on distingue trois sortes de vente à option : le marché à prime, le marché à double prime, le marché avec faculté. Les deux dernières opérations ont été longtemps cantonnées dans les seules bourses de marchandises, mais une modification intervenue en 1919 au règlement de la compagnie des agents de change a essayé de les introduire à la bourse des valeurs de Paris.

Le marché à prime est un moyen pour le spéculateur de limiter sa perte si, au terme fixé, ses prévisions ne se sont pas réalisées. Ainsi, celui qui a acheté à terme une valeur cotant 100 francs, par exemple, avec une prime de un franc par titre, pourra, si à la liquidation la valeur cote un chiffre inférieur, renoncer à l'opération moyennant l'abandon de la prime. Un pareil contrat est une vente sous la condition suspensive que le débiteur de la prime ne renonce pas à acheter.

Dans le marché à double prime, le spéculateur se réserve le droit de se porter acheteur ou vendeur au jour fixé en payant, quel que soit le parti qu'il prendra, la prime prévue, égale au double de celle convenue dans le marché à prime simple. Dans cette opération, il n'y a ni acheteur ni vendeur. On ne peut donc pas dire qu'il y a vente, mais l'une des parties est obligée, soit d'acheter, soit de vendre, selon la volonté de l'autre qui peut d'ailleurs renoncer à la conclusion de l'opération, s'il n'en retire aucun avantage, ce qui se produira lorsque le cours n'aura pas changé. Celui qui est obligé reçoit le montant de la prime, il est dans une situation qui tient à la fois de celle du promettant dans une promesse de vente, ou du promettant dans une promesse d'achat.

Dans le marché avec faculté une partie s'engage ferme à acheter une certaine quantité de marchandises et il est, en outre, stipulé que l'une des parties, soit le vendeur, soit l'acheteur, pourra réclamer la réalisation de la vente pour une quantité multiple de la quantité vendue ferme,

généralement le double ou le triple. Ce peut être le vendeur qui stipule une pareille clause, c'est le cas de spéculation à la baisse, et il y a alors de la part de l'acheteur une promesse d'achat ; au terme fixé, si les cours ont baissé, le vendeur l'obligera à réaliser sa promesse d'achat. La clause peut aussi être insérée en faveur de l'acheteur, le vendeur s'engage à vendre à l'acheteur la quantité supplémentaire fixée dans le contrat et il profitera de la promesse à lui faite lorsque les cours auront augmenté. C'est là la spéculation à la hausse.

Cette analyse de certaines opérations de bourse en des promesses de vente ou d'achat présente un intérêt lorsqu'un coupon est échu avant l'arrivée du terme. A qui appartiendra le montant du coupon ? C'est là une question qui sera résolue au cours des développements ultérieurs.

La promesse de vente et la promesse d'achat constituent également certaines ventes à option en matière de banque et elles jouent aussi un rôle important dans l'émission des titres d'une société.

Les fondateurs d'une société par actions recourent aux banquiers pour faire souscrire les titres. Ceux-ci, dans la forme la plus simple, se déclarent preneur de la totalité des actions à leurs risques et périls. C'est le syndicat d'émission à prise ferme. Il est très peu utilisé en pratique car il fait courir sur les banquiers une lourde menace : s'ils ne peuvent pas placer leurs titres dans leur clientèle, ils ne pourront pas rentrer dans leurs capitaux. Aussi, en fait, les banquiers agiront d'une façon plus prudente : ils se chargeront de placer un certain nombre de titres comme mandataires ou commissionnaires en se réservant pour le cas où le placement s'effectuerait facilement de devenir eux-mêmes souscripteurs. Comme dans la promesse de vente la société s'engage à reconnaître au syndicat la qualité d'actionnaire ou d'obligataire, suivant le cas, si au

cours d'un certain délai le syndicat d'émission, dit syndicat de garantie, manifeste sa volonté de prendre cette qualité.

Les difficultés soulevées par ces opérations de bourse ou de banque sont peu nombreuses, ou plus exactement, elles ne sont pas portées devant les tribunaux, car les recueils d'arrêts n'en donnent aucun exemple. Si elles ont été signalées, c'est pour montrer combien est vaste le domaine de la promesse de contrat en matière de vente.

L'utilité de la promesse de vente est considérable, elle constitue un nouveau perfectionnement de la vente et lui donne plus de souplesse parce qu'elle permet un certain jeu dans la conclusion même du contrat. Elle est pour les parties un moyen d'atteindre des buts divers et variés, et l'on comprend qu'elle ait fait l'objet de nombreuses monographies, car, ayant été appelée à fonctionner dans des circonstances bien différentes de celles où elle avait été consentie, elle a donné lieu à de nombreuses difficultés que les tribunaux se sont efforcés de résoudre suivant les principes généraux, l'intention des parties et l'équité.

## § 2. — LA PROMESSE DE LOUAGE DE CHOSE ET LA PROMESSE DE LOUAGE DE SERVICES

Au début de cette section, il a été dit que la conclusion d'un contrat était fréquemment préparée par un accord préalable. La pratique offre des exemples de promesse de louage de chose, ou de louage de services.

En effet, de même qu'un individu peut se réserver la faculté d'acheter un immeuble pour un prix donné, en se faisant consentir une promesse de vente, de même la *promesse de bail* (19) pourra permettre à un individu de devenir locataire d'un immeuble de préférence à tout autre.

---

(19) PLANIOL et RIPERT, Tome X, par Hamel, n° 426.

La promesse de bail peut être consentie par le propriétaire d'un immeuble ou bien elle peut émaner d'une personne qui désire devenir locataire d'un bien déterminé : il faut distinguer la promesse de louer et la promesse de prendre à bail. En pratique, celle-ci se présente rarement : un individu qui cherche un logement se fera consentir immédiatement un bail, il ne se contentera pas de s'engager envers une personne qui ne veut pas louer actuellement. Un exemple d'une pareille promesse s'est trouvé dans une espèce où elle était jointe à une vente. L'acheteur de l'immeuble l'avait imposée à son vendeur, qui, pressé par un urgent besoin d'argent, avait même accepté de verser des loyers très élevés. Le cas de l'exploitation de la gêne temporaire d'un individu mis à part, une semblable promesse peut être, pour un vendeur, un moyen de peser sur la volonté d'un acquéreur.

Les exemples de promesse par laquelle une personne s'engage à donner à bail sont rares, et c'est là une incidence de la crise du logement. La personne qui cherche un local conclura un bail ferme, et si elle ne peut entrer immédiatement en possession des lieux loués, ce sera un bail à terme et non une promesse. De plus, à une époque caractérisée par la rareté des appartements, c'est le propriétaire qui fait la loi du contrat, et, par conséquent, il ne consentira à se lier par une promesse que dans des cas exceptionnels ; il exigera de l'autre partie une lourde rémunération de telle sorte que la faculté d'option sera, en fait, paralysée : il y aura bail avec faculté de dédit. Ce n'est que lorsque le propriétaire craindra de ne pas trouver de locataires qu'il fera une promesse véritable, espérant par là, faciliter la conclusion du contrat. En pratique, la promesse de bail se trouve sous une forme qui correspond à celle du pacte de préférence en matière de vente : « A conditions égales, dit le propriétaire, je m'engage à vous donner la préférence ». Une pareille promesse est généralement adressée

au locataire actuel pour le moment où son bail arrivera à expiration, et il peut ainsi envisager cette date avec plus de sécurité. Elle présente aussi un intérêt pour le locataire qui veut prendre une autre partie de l'immeuble qu'il occupe déjà, ce qui lui permettra, par exemple, de rester seul locataire de la maison où il habite. Dans quelle mesure ces clauses sont-elles opposables à l'acquéreur à titre particulier de l'immeuble ? Telle est la question que les tribunaux ont eu à résoudre ; la Cour de Paris, le 5 juillet 1892 (20) a décidé que le bénéficiaire d'une semblable clause ne pouvait pas s'en prévaloir vis-à-vis de l'adjudicataire de l'immeuble.

Un exemple récent de *promesse de louage de services* s'est présenté devant la Cour de Cassation (21). Pour faire connaître leurs doléances aux nouveaux directeurs de la société qui les employait, les ouvriers décidèrent d'envoyer une délégation. Celle-ci n'ayant pas été reçue, en signe de protestation, ils s'entendirent « pour marquer un temps d'arrêt dans le travail ». Les meneurs furent immédiatement congédiés, mais, dans un but d'apaisement, l'un des dirigeants de la société, mandataire qualifié de celle-ci, fit la promesse de les reprendre. Cet engagement n'ayant pas été tenu, la Cour de Cassation a eu à statuer sur l'efficacité de la promesse d'embauchage. Dans l'espèce examinée, le promettant était l'employeur. Pour éviter des troubles, il s'était engagé à reprendre les ouvriers, il avait même fixé un délai pour exécuter sa promesse. Le chef d'entreprise, l'industriel qui veut s'assurer le concours d'un ingénieur réputé, pourra être amené à faire une semblable promesse.

---

(20) *Le Droit*, 31 juillet 1892. — Voir Bartet, *Le pacte de préférence*, p. 154 et ss.

(21) Cass. Civ., 16 nov. 1927. D.P. 1928-1-33. PLANIOL et RIPERT, T. XI, par Rouast, p. 30.

Mais la promesse de contrat de travail peut émaner de l'employé, c'est celui-ci qui est alors obligé et c'est là un moyen pour l'employeur d'empêcher un concurrent de bénéficier des services d'un auxiliaire ou d'un ouvrier qualifié. Certaines clauses de non-concurrence arrivent au même résultat : celui qui souscrit un semblable engagement limite sa liberté, il s'oblige à ne pas diriger son activité dans un sens qui serait préjudiciable à celui envers lequel il se lie.

### § 3. — LA PROMESSE DE SOCIÉTÉ

« La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » : Cette définition, extrêmement large, de l'article 1832 du Code civil, n'indique pas les différentes formes de société, mais elle marque nettement le caractère consensuel du contrat. Pour que la société existe, il faut que chacune des parties s'engage à effectuer un apport et reconnaisse aux autres une part dans les bénéfices. Le contrat de société exige la détermination minutieuse des apports, du but poursuivi, du rôle de chacun des associés. Les tractations qui précèdent la conclusion de ce contrat compliqué sont longues, parce que chaque partie ne veut s'engager qu'à bon escient. Il semble donc que la promesse de contrat aura, en cette matière, un rôle important à jouer (22). La jurisprudence montre cependant que cette étape dans la formation du contrat n'est utilisée que lorsqu'il s'agit de constituer une société par intérêt. Dans ces sociétés, la considération de la personne est un élément essentiel du contrat. Parce qu'ils se connaissent, les futurs

---

(22) MATULESCO. — La promesse de société dans les sociétés de personnes.

associés estiment que de leur groupement va résulter une force nouvelle.

Lorsqu'un individu proposera à un autre de constituer une société en nom collectif ou en commandite, le destinataire de cette offre aura besoin d'étudier minutieusement les avantages, les inconvénients et les possibilités de réussite de la société projetée. Pour le faire en toute tranquillité, il se fera consentir une promesse de contrat, de telle sorte que le promettant ne puisse plus s'engager envers un tiers à faire une société analogue (23).

Dans cette matière comme dans la matière de la vente, le but poursuivi par les parties est très variable. Dans une espèce, le promettant s'était engagé à faire une société avec une autre personne pour la remplir de ce qu'il lui devait. La promesse était insérée dans un contrat de mariage, elle se présentait sous la forme suivante : le père, qui constituait à sa fille une dot de 50.000 francs, stipulait qu'il se libérerait en intéressant son gendre, à titre d'associé, dans une société en commandite pour une part égale au montant de la dot (24). Par cette clause, le beau-père s'engageait donc à prendre son gendre comme associé et celui-ci pouvait demander à entrer dans la société quand il lui plairait.

Enfin, la promesse de société se présente d'une façon courante lorsqu'il s'agit de constituer une société en commandite. En effet, dans une semblable société, le commanditaire ne peut s'immiscer dans la gestion des affaires sociales, il a un rôle passif, et, avant de se risquer à perdre son apport, il cherchera à se renseigner le plus exactement possible sur les qualités du gérant. En attendant d'être suffisamment éclairé sur la capacité commerciale de celui qui dirigera la société prévue, et pour lui permettre, en

---

(23) Lyon, 22 février 1899. D. 1900-2-369.

(24) Req., 19 février 1907. D., 1910-1-557. S. 1912-1-217.

quelque manière, de faire ses preuves, il lui consentira des avances sous forme de prêt, et il fera insérer dans ce contrat une clause aux termes de laquelle il aura la faculté de devenir commanditaire, s'il n'exige pas son remboursement à la période prévue. Il se fait donc concéder expressément, par l'emprunteur, la possibilité de transformer sa situation de prêteur en celle de commanditaire et pour une part égale au montant du prêt (25). La société sera réalisée par la seule levée de l'option : seul, le consentement de l'une des parties fait actuellement défaut, et le promettant prend un engagement définitif qu'il ne peut plus retirer, il restreint notablement son activité puisqu'il s'engage à ne pas conclure une société concurrente avec un tiers. De même, on peut voir une promesse dans la clause insérée dans les statuts d'une société de personnes aux termes de laquelle, en cas de mort de l'un des membres, la société continuera avec ses héritiers. Cette clause soulève, en fait, beaucoup de difficultés, mais on admet qu'elle crée pour les héritiers une faculté : ils peuvent, en effet, refuser d'en bénéficier, s'ils se jugent d'humeur incompatible avec les autres associés ; mais, s'ils se décident à lever l'option, ceux-ci sont obligés de les accepter.

La pratique n'offre aucun exemple de promesse de constituer une société de capitaux. Dans ces groupements, la personne des associés a peu d'importance et l'on peut dire que la notion même de contrat est assez éloignée, car la société est très détachée des membres qui la composent. On cherche à mettre en commun le plus de capitaux possibles, et l'apport est représenté par des actions, titres essentiellement anonymes. Les banques jouent un grand rôle dans la constitution de ces sociétés, et, pour protéger l'épargne, le législateur en a réglementé de très près la formation. Le temps pendant lequel la réalisation de l'apport est

---

(25) Paris, 29 juin 1932. D. 1934-2-129, note Pic.

possible est appelé la période constitutive, et la plupart des auteurs reconnaissent qu'il y a déjà, dans une certaine mesure, une société existante. La promesse de constituer une société de capitaux ne peut s'entendre que d'un acte préparatoire, intervenu entre les divers fondateurs. La période constitutive commence à la rédaction des statuts, et à partir de cette époque, la société a déjà une existence virtuelle puisqu'elle peut acquérir certains droits.

Enfin, une des parties peut refuser de constituer une société et se faire consentir une simple promesse lorsqu'il y a impossibilité de satisfaire actuellement aux règles de formes exigées par la loi.

#### § 4. — LA PROMESSE DE CONTRAT SOLENNEL

Par exception au grand principe consensualiste qu'il a posé dans son article 1134, le Code civil exige pour la formation de certains contrats, outre le consentement des parties, des formalités extrinsèques. Il ne suffit plus pour que le contrat soit valable, qu'il y ait accord de volonté, il faut encore que cet accord soit réalisé dans les formes exigées par la loi.

Quand les parties ne pourront pas conclure dans les formes exigées, l'engagement pris par l'un des contractants envers l'autre, de passer le contrat lorsque les injonctions légales pourront être observées, est-il valable ? Le promettant est-il définitivement lié, et peut-il être obligé à exécuter sa promesse ? (26). Si on répond par l'affirmative, les exigences du législateur paraîtront bien fragiles, puisqu'il suffira pour tourner la loi de faire précéder la conclusion du contrat définitif d'une promesse de contracter. Cette question sera examinée dans le deuxième chapitre et elle sera résolue par une distinction.

---

(26) PLANIOL-RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 118.

En pratique, on trouve des promesses de donation (27) et des promesses d'hypothèques (28) : ainsi, dans un acte sous seing privé constatant un emprunt ou une vente avec délai pour le paiement, l'emprunteur ou l'acheteur s'engage à constituer une hypothèque pour garantie de la dette ou paiement du prix. Si l'on admet la validité de ces engagements, il faut dire que, dans ce domaine de la formation des contrats solennels, la promesse aura un vaste champ d'application : son utilité sera manifeste lorsque les parties ne pourront pas accomplir, au moment où elles contractent, les formalités, en fait lorsqu'elles ne pourront pas se rendre chez un notaire puisque la solennité consiste toujours dans l'intervention de cet officier ministériel.

#### § 5. — LA PROMESSE DE CONTRAT RÉEL

Les contrats solennels ne sont pas les seules exceptions au principe consensualiste. En droit français, l'accord des volontés est obligatoire, mais pour certains contrats, le législateur veut des formes spéciales et pour d'autres, les contrats réels, la nature même des choses exige, en plus du consentement, un autre élément. Dans les contrats réels, une personne s'oblige à restituer une chose, mais cet engagement exige, pour être compréhensible, une remise antérieure de la chose à celui qui doit la restituer. Que signifierait l'engagement pris par une personne de restituer 1.000 francs si auparavant elle ne les avait pas reçus ? Ces contrats se forment « re », c'est-à-dire par la remise de la chose, et cette remise matérielle est aussi nécessaire à la conclusion du contrat que le consentement des parties. Dans tous les contrats qui font naître l'action en restitution d'une valeur fournie, dit PLANIOL, le consentement est

---

(27) Dijon, 26 avril 1932. D.H., 1932, p. 339.

(28) PLANIOL-RIPERT, T. XII, par Becqué, n° 455. Note Perroud au S. 1912-1-217, Paris, 24 janv. 1928, D.H. 1928, p. 277.

insuffisant pour leur formation. « Cette obligation (de restituer) ne peut prendre naissance, et par conséquent le contrat ne peut se former que par la fourniture de la valeur à restituer : tant que cette prestation n'a pas eu lieu, le futur débiteur ne peut pas être obligé à rendre quoi que ce soit : que réclamerait-on à un dépositaire à qui on n'a rien confié ? C'est donc la « res prestita » qui vaut formation du contrat » (29), et, à propos du prêt et du gage, PLANIOL insiste à nouveau sur la réalité de certains contrats : « Le caractère de contrat réel du prêt n'est pas spécial aux législations romaines et françaises : il est nécessairement reconnu partout » (30). « Le gage est un contrat réel. L'existence du gage comme contrat suppose la remise de la chose, et comme c'est le contrat qui fait naître le droit réel, l'existence du droit réel de gage implique nécessairement cette remise : le gage est donc un droit réel qui ne se constitue pas par simple convention, malgré la généralité du principe moderne sur le transfert de la propriété et la création des droits réels ». L'opinion de M. COMBESCURE (31), selon laquelle il n'y aurait pas de contrat réel dans notre Code est définitivement abandonnée. Il s'agit de « livrer » dans les définitions du commodat et du prêt de consommation données par les art. 1875 et 1892 du Code civil, de « remettre » dans celle du gage à l'art. 2071, non pas de s'engager à livrer ou à remettre. Quant au dépôt, l'art. 1915 y voit « un acte par lequel on reçoit », L'art. 1919 dit qu'« il n'est parfait que par tradition ». D'ailleurs, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur la question ; voici un extrait du discours prononcé au corps législatif par le tribun GARY : « Il n'est ici question que du nantissement, c'est-à-dire du contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. La

---

(29) Tome II, n° 995.

(30) Tome II, n° 2048 (en note).

(31) *Revue Critique*, année 1903.

remise de la chose au créancier est de l'essence de ce contrat ».

Il a paru nécessaire d'insister sur cette théorie qui veut faire de certains contrats une catégorie à part, car, dans ce domaine, la promesse aura un vaste champ d'application. Elle consistera dans l'engagement pris par une personne de faire la remise de la chose. La personne qui voudra contracter un emprunt promettra à son créancier de lui donner un gage. Celle qui aura besoin de capitaux dans un certain délai, se fera promettre un prêt.

Tous les auteurs reconnaissent la validité d'une pareille promesse : elle est régie par le droit commun, c'est-à-dire obligatoire par le simple consentement (32). En effet, lorsque le législateur exige des formes pour conclure un contrat, la question se pose de savoir si la promesse consensuelle de réaliser ce contrat est obligatoire, parce qu'elle peut très facilement devenir un moyen de fraude. Au contraire, si l'élément, autre que le consentement, est imposé par la nature même des choses, la question ne se pose plus : il n'est pas à craindre que les parties cherchent à l'esquiver, puisqu'il est une nécessité inéluctable sans lequel il n'est pas possible de conclure.

Puisque le contrat réel n'est réalisé que par la remise de la chose, il faut dire qu'il sera toujours précédé d'un engagement par lequel celui qui aura ensuite le droit de demander la chose s'obligera à la transférer, « car il s'écoule toujours, au moins un instant de pensée, entre le moment où les parties tombent d'accord et celui où elles effectuent la remise » (33).

Généralement, la promesse de contrat réel ne soulève aucune difficulté, parce qu'elle est exécutée immédiate-

---

(32) PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, page 150., T. XI, nos 1126 et 1136.

(33) THÔL, Handelsrecht, T. 2, § 246, 5<sup>e</sup> édition. — PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 149.

ment. Mais dans le prêt de consommation elle se présente sous deux formes particulières que la pratique révèle d'un emploi assez fréquent. Ce sont le contrat d'ouverture de crédit et le contrat de souscription d'obligations.

L'ouverture de crédit joue un grand rôle en matière commerciale et M. THALLER l'a ainsi définie: l'engagement pris par le créancier de fournir à la demande du crédit et à titre d'avance les sommes comprises dans la convention, à la charge par le crédit d'en restituer le montant dans un délai déterminé. L'industriel qui a besoin de capitaux s'adressera à un banquier, qui lui promettra de lui avancer les sommes qu'il lui demandera jusqu'à un certain chiffre. S'il se faisait consentir un prêt, les intérêts commenceraient à courir immédiatement et à ce point de vue l'ouverture de crédit présente un gros avantage : c'est seulement lorsque le crédit se fait avancer les capitaux promis que les intérêts commencent à courir, et ils ne sont dûs qu'à partir de chaque versement. Dans une formule heureuse, on a dit: « L'ouverture de crédit donne au prêt son à-propos et l'à-propos est tout en matière de commerce, de spéculation: elle ôte au prêt sa lourdeur, les chances de ruine ou au moins de gêne, qu'il a si souvent pour l'emprunteur » (34).

En matière civile, l'ouverture de crédit est aussi très utile : les agriculteurs y ont souvent recours; lorsqu'ils n'ont pas d'avance, ils pourront par ce moyen trouver les capitaux qui leur serviront à mettre en valeur une terre inculte, ou bien, après une mauvaise année, l'ouverture de crédit leur permettra de remédier à l'embarras où ils se trouvent pour faire venir une récolte nouvelle.

Une société commerciale, une collectivité publique quelconque, qui a besoin de capitaux, lance un emprunt dans

---

(34) La garantie hypothécaire dans l'ouverture de crédit. GRANIER, p. 3.

le public, c'est-à-dire émet des titres ou obligations, qui sont souscrites par ceux qui veulent prêter au groupement émetteur. Toutes les règles du contrat sont inscrites dans « le règlement de l'émission », et généralement le souscripteur n'a pas à verser immédiatement les sommes nécessaires à l'obtention d'une ou de plusieurs obligations. Il promet de verser les sommes demandées dans les conditions prévues au « prospectus de souscription ». Il fait une promesse de prêt l'engageant à effectuer le versement à une date ultérieure. Par là, la société émettrice peut échelonner ses ressources pécuniaires, en stipulant qu'elle exigera l'exécution de la promesse à des époques fixées à l'avance, et elle facilite aussi le placement de ses obligations en donnant au souscripteur un délai pour se libérer (35).

Sans vouloir entrer dans des discussions que d'autres (36) ont mené plus habilement que nous ne saurions le faire, il faut dire que la théorie de la réalité a été violemment combattue par de nombreux auteurs. Cette catégorie spéciale de contrats, dits contrats réels, est taxé d'arbitraire, et l'opinion qui veut en faire des contrats consensuels synallagmatiques semble l'emporter en doctrine. Le code fédéral suisse de 1912 a adopté cette nouvelle façon de voir, et il est faux de prétendre que la réalité est une nécessité imposée par la nature même des choses (37). En droit romain, la remise de la chose constituait une formalité et c'était une application, bien atténuée d'ailleurs, du grand principe « *ex nudo pacto non nascitur actio* ». Le formalisme était la

---

(35) GUILLAUD : De la nature juridique du contrat de souscription d'obligation. — LYON-CAEN et RENAULT: *Traité de droit commercial*, p. 598, n° 562. — PLANIOL et RIPERT: T. XI, n° 1136.

(36) MAURY: La notion d'équivalence dans les contrats, p. 119 et s. — PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 120.

(37) Art. 321, par ex. et l'interprétation par LEDUC, *Des avant-contrats*, p. 190.

règle dans les législations antiques, mais avec le développement du commerce, il en résulta une gêne intolérable, et, si le principe resta inchangé, sa portée en fut atténuée soit par l'admission d'exceptions de plus en plus nombreuses, soit par la simplification extrême des formalités exigées ; ainsi, la remise de la chose fut une de ces formalités simplifiées sans laquelle le contrat n'était pas formé, et la simple promesse consensuelle d'effectuer un contrat réel, un « mutuum », par exemple, resta sans effet. De nos jours, la théorie de la réalité ne cadre plus avec le consensualisme. Puisque la promesse de remettre la chose est obligatoire, pourquoi ne pas dire que les contrats réels sont des contrats synallagmatiques faisant naître à la charge de chacune des parties des obligations réciproques : obligation de remettre la chose et de ne pas la réclamer pendant un certain temps, obligation de la restituer à la date fixée ; et cela correspond bien à l'idée que le vulgaire se fait du prêt, par exemple. Couramment on appelle prêt le contrat par lequel une personne s'engage à transférer la jouissance ou la propriété d'une chose à une autre qui s'engage à la restituer ou à en restituer une semblable à l'expiration du délai. Dans le louage, il y a bien obligation de rendre et cette obligation ne peut prendre naissance que lorsque le locataire a été mis en possession et cependant personne n'a jamais soutenu que le louage était un contrat réel.

Les partisans de la théorie de la réalité ont été en quelque sorte hypnotisés par l'obligation de rendre et pour l'expliquer ils n'ont pas hésité à dire qu'il y avait là une véritable obligation légale : une application du principe que tout détenteur de la chose d'autrui doit la rendre à son propriétaire qui la revendique. Dans le prêt de consommation qui transfère la propriété de la chose, cette affirmation est inexacte, l'emprunteur est obligé de rendre parce que c'est une obligation qui lui est imposée par le contrat.

S'il prouve qu'il n'a pas pris un semblable engagement, il est à l'abri de toute action, et c'est ce qui se produit dans le don manuel où la remise de la chose fait disparaître tous les droits du remettant.

PLANIOI et ses partisans n'ont pas vu l'essentiel du contrat réel, sa raison d'être économique. « On prête ou l'on met en gage pour retirer de la chose une certaine utilité, procurer à l'emprunteur, au créancier gagiste un avantage; on met en dépôt pour qu'un objet soit gardé » (38). L'obligation de rendre n'est pas le but du contrat, mais la fin, l'acte qui en marque l'achèvement.

Cette théorie est consacrée par des décisions récentes des tribunaux (39), et elle aboutit à réduire considérablement le rôle de la promesse dans les contrats réels. Mais elle se heurte directement aux textes législatifs. Pour respecter le code civil, il faut dire que l'engagement pris par une personne de remettre une chose à une autre est une promesse de contrat réel et l'exécution de cette promesse entraînera la conclusion du contrat définitif.

## § 6. — LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Deux personnes qui ont un différend à régler peuvent s'adresser aux tribunaux établis par la loi, mais elles peuvent aussi décider qu'elles chargeront une personne de résoudre le conflit qui les sépare ; la personne choisie par les parties est un arbitre, le contrat par lequel elles le désignent et fixent sa mission est le compromis. Sans attendre que le litige soit né, les parties peuvent insérer dans un contrat une clause aux termes de laquelle elles s'engagent à soumettre à des arbitres toutes les difficultés que ce contrat pourrait faire naître par la suite entre elles.

---

(38) MAURY. — La notion d'équivalence dans les contrats, p. 123.

(39) Notamment Trib. Civ. de la Seine, 17 oct. 1928. D., 1929-2-141.

C'est là la clause compromissoire: elle contient la promesse par chacune des parties de compromettre. La validité de cette clause n'est pas admise par les tribunaux, qui la considèrent comme contraire à l'art. 1.006 du Code de procédure civile, et il a fallu l'intervention spéciale du législateur pour la permettre en matière commerciale (loi du 31 décembre 1925 modifiant l'article 631 du Code de Commerce).

Lorsque les parties sont de nationalités différentes, la clause compromissoire peut être un moyen de faciliter les transactions: la perspective d'avoir à recourir à des tribunaux étrangers pour faire reconnaître ses droits peut pousser une partie à ne pas conclure et la promesse de compromettre lui fournit le moyen d'attribuer la compétence à des juges moins éloignés ou dont l'impartialité ne pourra pas être suspectée. La clause compromissoire permet le développement de l'arbitrage, car les parties s'engageront plus facilement à ne pas recourir aux tribunaux ordinaires, au moment où rien ne les divise encore, où il s'agit de difficultés que chacun estime bien improbables (40).

La jurisprudence ne veut pas la sanctionner, en matière civile, parce que, dit-elle, c'est un moyen de tourner les dispositions du Code de procédure civile qui exigent pour la validité du compromis la désignation des arbitres et l'indication de l'objet du litige ; or, dans la clause compromissoire, cette dernière condition ne peut pas être réalisée puisque la clause est insérée en prévision de difficultés à naître, mais qui n'existent pas encore. Ce motif est très discutable, car il repose sur l'assimilation du compromis et de la clause compromissoire, assimilation qui semble, à première vue, contraire à l'intention des parties, et aussi, à la nature même de la promesse de contrat. Celle-ci est

---

(40) MOREL: La clause compromissoire en droit commercial. *Rev. Crit.*, 1926.

dotée d'une vie propre, permettant de la distinguer très nettement du contrat définitif. La section II va être consacrée à l'étude de cette distinction.

## SECTION II

### DISTINCTION ENTRE LA PROMESSE ET LE CONTRAT DÉFINITIF

De tous les exemples précédents, il ressort nettement que la promesse de contrat est différente du contrat définitif, tout en étant très intimement liée à lui.

La promesse de contrat est une étape dans la formation du contrat; c'est un stade avancé de l'évolution des volontés qui tendent à se lier, c'est un acte préparatoire à la conclusion du contrat futur. Celui-ci est, en quelque sorte, virtuellement constitué, puisqu'il manque à sa perfection un seul de ses éléments: le consentement de l'une des parties. Que ce consentement vienne à être donné, l'accord des volontés est réalisé, le contrat est désormais complet et son exécution peut être exigée. La promesse est une offre de contrat, mais une offre plus efficace: l'offre est déjà un acte juridique, puisque le destinataire n'a qu'à prendre au mot celui qui la lui adresse, il n'a qu'à accepter sur le champ, sans donner à l'autre le temps de révoquer, et le contrat sera formé (41); mais la promesse de contrat est plus complète, le bénéficiaire peut accepter quand il lui plaira, puisque l'offre qu'elle contient est irrévocable, et on voit combien il est difficile de la distinguer de la pollicitation accompagnée d'un délai d'option. Cependant,

---

(41) SALEILLES: De la responsabilité précontractuelle. *Rev. Trim.*, année 1907, p. 698.

dans cette dernière hypothèse, le destinataire a un droit beaucoup moins étendu : généralement, le délai indiqué est bref, et, d'autre part, la promesse de contrat étant un contrat véritable, elle crée, à la charge du promettant, une obligation plus complète. S'il refuse de tenir sa promesse, il est dans la situation d'un débiteur qui viole un contrat et la condamnation encourue, de ce fait, est plus rigoureuse que celle qui frappe l'offrant quand il révoque son offre au mépris du délai stipulé. La différence entre les deux situations sera donc marquée par une inégalité dans le quantum des dommages et intérêts, au cas d'inexécution (nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur ce sujet). Ce n'est d'ailleurs pas la seule différence qui distingue la promesse de la pollicitation avec délai. Cette dernière, étant formulée par une seule partie, a exactement la portée que celle-ci a entendu lui donner (42), c'est-à-dire une portée assez restreinte; tous les auteurs admettent qu'elle devient caduque au cas de décès, d'incapacité, de faillite d'un des contractants; le bénéfice de l'offre est personnel au destinataire, il ne peut le transmettre à un tiers. Au contraire, le droit du bénéficiaire de la promesse de contrat est parfaitement transmissible et ne subit pas, en principe, le contre-coup des modifications intervenues dans la personne des parties: dans la promesse de contrat, il y a un élément de stabilité qui fait défaut à la pollicitation même accompagnée d'un délai.

La promesse de contrat, comme l'offre, prépare un contrat et, par cela même, elle en diffère profondément. L'avant-contrat ne vise que la conclusion d'un autre contrat, celui qui se fait promettre la vente d'un immeuble vise à acheter cet immeuble, celui qui se fait promettre un prêt se réserve la possibilité d'obtenir la remise des deniers. Dans la promesse de contrat, ce qui est dû par

---

(42) PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 140.

le promettant, c'est son consentement pour réaliser le contrat définitif, tandis que dans celui-ci, l'objet de l'obligation est variable suivant le contrat qui est conclu.

§ 1. — DIFFÉRENCE ENTRE LA PROMESSE DE CONTRAT RÉEL  
ET LE CONTRAT RÉEL

Cette différence entre l'avant-contrat et le contrat définitif apparaît d'une façon très nette dans les contrats réels. Par une erreur due à une mauvaise interprétation de POTHIER, leur guide habituel, les rédacteurs du Code civil exigent pour la formation du prêt, du gage, du dépôt la remise de la chose. Dans cette théorie de la réalité, c'est cette remise qui vaut conclusion du contrat définitif. Lorsque celui-ci est formé, par la délivrance de la chose, il fait naître à la charge de celui qui a reçu l'obligation de restituer et lui seul est obligé. Dans la promesse, au contraire, celui qui est obligé est celui qui deviendra créancier lorsque le contrat sera réalisé. Dans le prêt, c'est l'emprunteur qui est obligé, dans la promesse de prêt c'est le prêteur qui s'engage. La promesse de prêt, la promesse de constituer un gage ou de recevoir un dépôt se transforme au moment de l'exécution en un contrat réel ; le contrat change alors de nom : de promesse, il devient contrat. Cette interversion dans la personne des débiteurs, chacune des parties le devenant à son tour, sert à distinguer très nettement la promesse du contrat.

Le contrat n'est pas formé, disent les partisans de la réalité, parce que la remise de la chose n'a pas eu lieu, mais il faut remarquer qu'il dépend de la volonté d'une seule des parties que cette remise soit effectuée, et on peut dire, même dans ce domaine, qu'il manque à la conclusion du contrat définitif la volonté, le consentement de l'une des parties. Cette décomposition de l'opération en deux contrats successifs, l'un qui est la promesse de prêt, de

dépôt, de gage, l'autre réel qui est formé par la remise de la chose est taxée d'arbitraire par les adversaires du système du code. Il semble plus logique, en effet, de considérer la convention de former un contrat réel comme constitutive de ce contrat et de faire de la tradition matérielle le premier acte d'exécution. Il naît à la charge de chacune des parties des obligations réciproques, mais elles ne sont pas simultanées : celles de l'une des parties naissant précisément quand celles de l'autres sont exécutées. Cependant, on ne saurait tirer de leur caractère successif, la conséquence qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat synallagmatique. Le locataire, en effet, est bien tenu de vendre l'immeuble et cela seulement lorsqu'il lui a été livré ; mais après la délivrance, il n'en reste pas moins que le bail est un contrat synallagmatique consensuel.

Quoiqu'il en soit, la discussion ne peut se présenter que sur le plan doctrinal, le législateur ayant nettement pris parti. De plus, le dépôt devra toujours être considéré comme un contrat réel et unilatéral. Contrat réel, parce que la promesse de confier l'objet au dépositaire ne donne à celui-ci aucune action, car il n'a aucun intérêt à obtenir la remise de la chose lorsqu'il s'agit d'un dépôt gratuit. La cause de l'obligation de restituer est la dation ; tant que celle-ci n'a pas eu lieu, le promettant ne s'est pas engagé, son consentement ne se manifeste que dans la remise de la chose et par elle. Contrat unilatéral, puisque le déposant peut toujours se refuser à effectuer le dépôt, le dépositaire étant seul tenu de recevoir l'objet déposé, de le conserver et de le restituer.

§ 2. — LA PROMESSE DE CONTRAT CONSENSUEL

Dans les contrats consensuels, le critérium qui permet de distinguer la promesse de contrat du contrat lui-même est le caractère unilatéral de la promesse (43). Celle-ci est une phase de la formation du contrat, elle se présente comme la cristallisation des discussions des parties à un moment déterminé. Avant de se lier définitivement, une des parties se réserve un certain temps; pour des raisons diverses, elle ne veut pas conclure actuellement; elle ne veut pas assumer immédiatement les obligations qui naîtraient pour elle du contrat définitif. Mais elle veut se réserver la possibilité de passer le contrat et, pour ne pas avoir à recommencer le marchandage, elle exige de l'autre partie qui a nettement manifesté sa volonté de conclure, le maintien des conditions de l'accord proposé. Le promettant est lié: il doit maintenir son offre de contracter, sa promesse l'oblige et l'oblige seul. L'autre partie a la liberté de conclure ou de ne pas conclure et cette alternative entre l'action et l'abstention montre le rôle préparatoire de la promesse. Toute décision suppose un choix entre les différents partis possibles et le promettant s'est interdit de faire ce choix, il s'est mis à la disposition du bénéficiaire de la promesse qui peut exiger la conclusion du contrat par sa seule volonté. Dans la promesse, il y a une convention-principe ou une convention abstraite, c'est-à-dire réduite à ses éléments essentiels: une partie crée à sa charge une obligation au profit d'une autre partie qui accepte (44). C'est là l'élément simple, primordial d'où dérivera le contrat concret, « corps composé ».

POTHIER a nettement aperçu le caractère unilatéral de la promesse de vente. Dans son traité sur la vente, il s'ex-

---

(43) LEDUC, thèse citée, p. 163. — DESCHAMPS: La promesse de contrat, p. 7.

(44) MAURY, p. 28, thèse citée.

prime ainsi: « Le contrat de vente est un contrat synallagmatique, par lequel chacune des parties s'engage l'une envers l'autre. Mais la promesse de vente est une convention par laquelle il n'y a que celui qui promet de vendre qui s'engage; celui à qui la promesse est faite ne contracte de sa part aucune obligation » (45).

Si toutes les parties ont donné leur consentement, l'accord des volontés étant réalisé, le contrat est parfait (46). L'exécution peut bien en être différée, mais du moment que les parties ont manifesté leur volonté présente de s'obliger, il y a d'ores et déjà contrat conclu. En pratique, il est quelquefois difficile de distinguer la promesse de contrat du contrat lui-même. Pour résoudre la question, il faut savoir si chacune des parties a entendu s'obliger, et cette recherche de l'intention des parties est souvent très délicate. Fréquemment, on appelle promesse la convention par laquelle les parties s'obligent à rédiger un écrit pour constater leur engagement (47). La subordination volontaire d'un contrat à la rédaction d'un écrit, notamment d'un acte notarié, est très employée, et depuis un demi siècle la complication des rapports sociaux a provoqué une renaissance incontestée du formalisme. Celui-ci « est un embarras quand il n'est qu'une pompeuse escorte, le panache des actes juridiques, mais il devient un moyen de rendre les affaires rapides et sûres lorsqu'il ne contient que l'indispensable » (48). Tous les hommes au courant des affaires, pour réaliser un contrat de vente, s'adresseront à un notaire, et cette sage précaution est devenue plus utile depuis le décret-loi du 30 décembre 1935 sur la transcription immobilière.

(45) Traité de la vente, n° 481.

(46) LEDUC, thèse citée, p. 164.

(47) PLANIOL et RIPERT, Tome X, par Hamel, n° 174.

(48) DEMOGUE: Les notions fondamentales de droit privé, p. 111.

Le système consensuel, en effet, n'est pas, malgré ses mérites, exempt de tous inconvénients (49). Quand le contrat est totalement dénué de forme, les relations compliquées naissant d'une civilisation avancée multiplient pour les parties souvent inexpérimentées et pour les tiers les risques d'erreur ou de fraude. Par l'intervention d'un officier public, capable de les conseiller, les parties sont protégées contre les dangers inhérents à l'opération.

Mais jusqu'à la rédaction de cet acte notarié, qu'elle est la valeur de la convention des parties? Le contrat est-il formé ou bien y a-t-il simple promesse, la dénomination employée par les parties est-elle exacte?

Le code allemand (§ 125 et 154) et le Code fédéral suisse des obligations (art. 16) présument que le contrat n'est pas conclu tant que l'acte n'a pas été dressé. Il n'y a ni promesse de contrat, ni contrat définitif sous condition ou à terme.

En France, aucun texte législatif ne prévoit la question et les tribunaux interprétant souverainement l'intention des parties se décident suivant les espèces. D'une façon générale, la jurisprudence tend à admettre qu'il y a contrat définitif dès la conclusion de la convention qui prévoit la rédaction d'un écrit. En effet, chacune des parties s'oblige envers l'autre, le second acte n'a qu'une valeur probatoire: les parties veulent uniquement faciliter dans l'avenir la preuve du contrat ou se ménager les voies d'exécution spéciales aux actes notariés. Bien souvent, l'intention des parties est très nette: elles disent que le contrat « sera réitéré par acte authentique à première réquisition de l'une d'elle ». L'exécution du contrat est seulement suspendue et si la partie qui veut passer l'acte se heurte au refus de l'autre, il y aura lieu d'appliquer l'article 1178 du Code civil selon lequel la condition est réputée accomplie

---

(49) PLANIOL et RIPERT et ESMEIN, T. VI, n° 97.

lorsque c'est le débiteur qui en a empêché l'accomplissement.

Quelquefois les parties font de la rédaction de l'acte prévu une condition « sine qua non » du contrat. On ne peut pas dire, alors, qu'il y a contrat à exécution retardée. En effet, la rédaction d'un écrit, la signature d'un acte, suppose la libre volonté de celui qui s'y oblige. Cette condition est un événement dont la réalisation dépend de la bonne volonté des parties. Il y a donc condition potestative, chacune des parties dit : Je m'engage si je veux rédiger un acte écrit. Dans ce cas, il ne faut pas dire qu'il y a engagement, la condition potestative annulant toute la convention qui la contient. Il y a une ébauche de contrat, un simple projet ne créant aucune obligation, et toutes les fois qu'il en sera ainsi, il faut considérer que chacune des parties peut se dédire tant qu'elle n'a pas donné sa signature (50). Mais lorsque l'intention des parties ne sera pas nettement manifestée dans ce sens, les tribunaux interpréteront toujours la convention préliminaire comme contenant un engagement définitif, parce que c'est un règle légale que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » (art. 1157).

La promesse de contrat, faisant naître une obligation à la charge d'une seule des parties, présente par cela même un intérêt évident dans les contrats synallagmatiques. En effet, elle permet alors à l'une des parties de réserver son consentement, et lui donne le droit de faire naître, par sa seule volonté, les obligations du cocontractant envers elle et les obligations réciproques à sa propre charge. Mais dans les contrats unilatéraux consensuels, le mandat, le

---

(50) PLANIOL : *Traité élémentaire*, II, n° 974. — Paris, 3 mars 1926, D.H. 1926, p. 323.

cautionnement, par exemple, cette utilité disparaît ; aussi n'est-il pas surprenant que la pratique n'offre aucun cas de promesse de semblables contrats. Celui qui promet au créancier de cautionner le débiteur, celui qui promet d'administrer les affaires d'autrui voit sa promesse, ou bien acceptée immédiatement, ou bien refusée. Si elle est refusée, celui qui l'a émise a fait une offre, qu'il peut révoquer à son gré. Si elle est acceptée, il y a immédiatement contrat définitif. Peut-être l'exécution n'en sera pas exigible dès l'instant de la conclusion, la caution ne devra être garantie, le mandataire ne sera responsable qu'à partir d'une certaine date ; mais au jour fixé, il n'y aura pas à conclure un nouveau contrat, c'est, seulement la convention antérieure qui produira effet, qui entrera en vigueur (51).

Cependant, le caractère unilatéral de la promesse, ainsi que sa différence avec le contrat définitif, ont été combattus par de nombreux auteurs. Certains ont soutenu à propos de la promesse de vente que celle-ci pouvait être synallagmatique (52) et que cette promesse devait être assimilée au contrat. Ils invoquent à l'appui de leur thèse le premier alinéa de l'article 1589 du Code civil : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et le prix ».

« La promesse de vente vaut vente... », n'est-ce pas là la condamnation de toute tentative qui chercherait à différencier la promesse du contrat, puisque le texte semble décider que chaque fois qu'il y aura promesse de vente il y aura vente ? D'autre part, les mots « consentement réciproque » impliquent que la promesse contient des engagements bilatéraux, de chacune des parties envers l'autre.

---

(51) DESCHAMPS : Promesse de contrat, p. 36.

(52) Voir LEVRIER, Contribution à l'étude des promesses de vente, p. 28.

Cette théorie semble, à première vue, être corroborée par les faits et la doctrine. Les recueils d'arrêts indiquent que les parties appellent souvent certaines conventions promesses synallagmatiques, et celles-ci ont fait l'objet de nombreux développements de la part de nos anciens auteurs.

Les difficultés d'interprétation de l'article 1589 ont divisé les auteurs en deux groupes. Pour certains, cet article vise uniquement la promesse unilatérale, pour d'autres, il s'applique aux promesses synallagmatiques.

Il convient d'exposer chacune des théories en présence, car si l'on admet que l'article 1589 prévoit des promesses dans lesquelles chacune des parties s'engage envers l'autre, il faut alors faire une place aux promesses synallagmatiques, et on ne peut trouver le critérium de la distinction de la promesse et du contrat dans le caractère unilatéral de la première.

Pour PLANIOL (53), l'article 1589 ne peut s'appliquer qu'aux promesses unilatérales, car elles seules existent en réalité et les utilités multiples qu'elles présentent en font une institution distincte du contrat lui-même. « La promesse de vente est un contrat par lequel une personne s'engage à vendre à l'autre partie une chose, sans que celle-ci consente immédiatement à l'acheter ». — « La promesse de vente est une convention essentiellement unilatérale. Si celui qui se la fait donner consentait immédiatement à acheter, il n'y aurait pas promesse de vente. il y aurait vente parfaite et complète, et une vente qui produirait immédiatement ses effets. Ce serait un acte de vente mal qualifié ou mal rédigé, dans lequel les parties auraient dit: « Je promets de vendre... je promets d'acheter... » au lieu de: « Je vends... j'achète... ». On peut affirmer que cela ne se fait jamais en pratique ; seule la pro-

---

(53) Tome II, n<sup>os</sup> 1398 et s.

messe unilatérale est un contrat usuel ; c'est donc bien mal à propos que tous les auteurs modernes se sont imaginé que l'art. 1589 réglait les effets de la promesse synallagmatique de vendre et d'acheter, et que le Code n'avait pas prévu les promesses unilatérales de vente ».

A l'appui de sa thèse, PLANIOL ajoute : Les auteurs anciens ne s'occupaient que des promesses unilatérales, les seules que l'on rencontre en fait, avant comme après le Code civil, et l'art. 1589 a été écrit pour trancher une controverse qui s'élevait uniquement à l'occasion de ces promesses unilatérales. Les mots « consentement réciproque » évoquent dans l'esprit l'idée d'engagement de chacune des parties envers l'autre, de promesse bilatérale, par conséquent. Ces mots ont trompé les commentateurs du code. Il est dit dans l'article 1589 que la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et le prix. « Ceci n'a point été écrit pour faire allusion à des promesses bilatérales de vendre et d'acheter, dont personne n'avait jamais eu l'idée avant que les commentateurs du Code les eussent inventées, mais, bien pour répondre à quelques observations de POTHIER. Cet auteur expliquait que les promesses de vente se font, en fait, dans des conditions fort différentes les unes des autres, et qu'on en voit dans lesquelles le prix n'est pas fixé d'avance; cela créait quelques difficultés que POTHIER étudie dans les numéros 481 et suiv. de son Traité de la vente. Les auteurs du Code ont sans doute voulu réserver ces hypothèses et n'attribuer à la promesse de vente, l'effet de la vente qu'autant que les éléments essentiels du futur contrat, la chose et le prix, seraient bien déterminés d'avance par une entente ou le consentement réciproque des parties ».

En résumé, Planiol applique l'article 1589 aux promesses unilatérales, parce que les promesses synallagmatiques n'existent pas, d'autre part, cette interprétation est parfaitement conciliable avec le texte du Code et en conformité

avec les préoccupations de nos anciens auteurs sur ce point.

Cette thèse séduisante a été adoptée par de nombreux auteurs. La promesse synallagmatique, en effet, ne correspond à rien de précis et si les parties ont voulu retarder l'exécution ou la naissance de leurs obligations en disant: « Je promets de vendre... » ou « je promets d'acheter... », il y a vente à terme ou sous condition. Un auteur a défini la promesse bilatérale comme « étant une convention toujours affectée d'une condition suspensive négative, « si le mutuus dissensus ne se produit pas », condition combinée d'ailleurs avec un terme qui met obstacle à la rétroactivité », et il reconnaît lui-même que cette définition est bien compliquée et peu claire (54).

Cependant, la théorie de PLANIOL, qui a eu un immense succès, est de nos jours de plus en plus critiquée; la doctrine (55) tend à admettre aujourd'hui que l'article 1589 vise la promesse synallagmatique.

Tout d'abord, il faut remarquer que PLANIOL fait preuve d'un parti-pris manifeste. La promesse unilatérale est la seule dont s'occupait nos anciens auteurs, dit-il, et POTHIER est seul cité. DUMOULIN, D'ARGENTRÉ, Claude de FERRIÈRE, l'auteur de la maxime reproduite dans l'art. 1589, parlent tous de promesses qui font naître à la charge de chacune des parties des obligations réciproques. POTHIER est le premier de nos auteurs qui ait aperçu le caractère unilatéral de la promesse, et, envisageant l'hypothèse où elle ne contient aucune clause sur le prix, il décide que la promesse de vente vaut vente: au cas où le bénéficiaire voudrait plus tard en profiter le prix serait déterminé par expert. Or, si l'on veut voir dans l'art. 1589 la réglementation de la promesse unilatérale, il faut dire que les rédacteurs du

(54) PERROUD: Note au S. 1912-1-217 sous Req. 19 février 1907.

(55) A. COLIN et CAPITANT, T. II, n° 514.

Code ont adopté la solution contraire à celle préconisée par le seul auteur qui ait étudié la question. On ne peut donc pas affirmer que POTHIER a été en la matière le seul guide du législateur de 1804, car s'il n'avait vu la question de la promesse de vente qu'à travers ses œuvres, il serait au moins singulier qu'il consacre aussi formellement des solutions contraires à celles enseignées par POTHIER. D'ailleurs, celui-ci connaissait aussi les promesses synallagmatiques.

De plus, l'interprétation des mots « consentement réciproque » par PLANIOL est quelque peu divinatoire. Le Code veut, dit-il, pour que la promesse de vente vaille vente, qu'il y ait entente préalable sur la chose et le prix. Mais l'expression du législateur semble impliquer quelque chose de plus que cet accord ou cette entente sur les éléments de la promesse, elle éveille nécessairement l'idée de liens réciproques.

Enfin, à toutes ces critiques, s'en ajoute une autre beaucoup plus grave : la théorie de PLANIOL renferme une contradiction, et pour exposer ce point, il est nécessaire d'anticiper sur les chapitres qui seront consacrés aux effets de la promesse.

Comme l'expose GUILLOUARD, « promesse de vente vaut vente », cela veut dire apparemment que la promesse de vente à la même valeur que la vente, produit les mêmes effets, crée au profit de l'acquéreur un droit aussi énergique. Appliquée aux promesses unilatérales, cette règle aurait donc comme conséquence, d'établir d'une manière précise les effets de ces promesses au point de vue du transfert de propriété notamment, qui devrait être considéré comme immédiatement réalisé. LAROMBIÈRE n'a pas hésité à adopter cette conséquence logique et il en déduit que dès le jour de la promesse le bénéficiaire a un droit réel sur la chose. Cette solution cependant doit être rejetée et PLANIOL lui-même soutient que la promesse est impuissante

avant l'adhésion de l'acheteur à transférer la propriété. Pour lui, la promesse de vente ne vaut pas vente et cela ressort, à l'évidence, des termes qu'il emploie : « (Cette promesse) est donc un contrat spécial, qui a sa nature et ses effets propres, et qui porte un nom : « la promesse de vente ». Ce n'est pas encore une vente, mais la vente se complètera peut-être un jour par l'adhésion de l'acheteur, si cela lui plaît » (56).

Prétendre que l'article 1589 vise les promesses unilatérales et ne pas l'appliquer lorsqu'il s'agit d'en déterminer les effets, est un manque de logique qui diminue considérablement la valeur de la théorie. L'art. 1589 dit que « la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et le prix » et ne dit pas, comme le suppose PLANIOL : « La promesse de vente vaut vente, après acceptation par son bénéficiaire, du moment que lors de la promesse les deux parties étaient d'accord sur la chose et sur le prix ».

Donc, il est faux d'appliquer l'article 1589 aux promesses unilatérales, et on est bien obligé alors de dire qu'il vise les promesses synallagmatiques et par cela même on admet qu'elles existent. PLANIOL lui-même reconnaît que la pratique en offre des exemples et il en donne cette explication : « Il y a là, dit-il, un effet réflexe de la doctrine sur la pratique ; tous les livres de droit parlant de promesses synallagmatiques de vendre et d'acheter, on s'est mis à en faire... » (57).

Cependant, l'existence même des « promesses synallagmatiques n'infirme en rien la théorie selon laquelle la promesse de contrat est essentiellement unilatérale. PLANIOL n'a pas analysé d'une façon complète ce que les auteurs et les particuliers appellent « promesses synallag-

---

(56) PLANIOL, op. cit., T. II, n° 1401.

(57) Op. cit., n° 1400 en note.

matiques ». DUMOULIN, dans une consultation au jurisconsulte ALEXANDRE, en a donné une définition bien nette : il désigne ainsi la convention conclue verbalement ou dans un acte sous seing privé de constater dans un acte authentique la vente intervenue entre les parties. La promesse de vente consiste, en réalité, dans une promesse de rendre authentique une vente déjà parfaite, mais passée sous seing privé (58), et c'est là un genre de convention qui a été examinée dans le paragraphe précédent. PLANIOL, lui, ne donne pas de définition de la promesse synallagmatique; il dit: « C'est l'acte de vente mal qualifié ou mal rédigé dans lequel les parties auraient dit: « Je promets de vendre... Je promets d'acheter... » au lieu de: « Je vends... j'achète... ». On peut affirmer que cela ne se fait jamais en pratique ». Des termes qu'il emploie, il ressort, d'une façon certaine, que PLANIOL envisage là une situation qui ne correspond pas à celle que nos anciens auteurs avaient en vue lorsqu'ils parlaient de promesse synallagmatique. Il ne vise pas la convention dans laquelle les parties décident que leur contrat ne deviendra définitif que par la rédaction d'un acte écrit ou d'un acte authentique et c'est cette hypothèse qui était étudiée par nos anciens auteurs. Elle a été examinée plus haut et pour déterminer quelle était la valeur de cette convention, appelée promesse, il a paru nécessaire de faire une distinction selon l'intention des parties. Les juges du fait, avons-nous dit, peuvent décider qu'il y a ou un contrat définitif, l'authenticité n'étant qu'une simple formalité ne constituant pas une véritable condition du contrat, ou un projet pur et simple ne créant aucune obligation à la charge des parties, car elles ont entendu se réserver la possibilité de se dédire en ne rédigeant pas l'acte prévu.

---

(58) TROPLONG: De la vente, I, p. 253, n° 126.

Ce qui prouve bien que l'article 1589 vise les conventions préliminaires dites improprement promesses synallagmatiques, c'est qu'il consacre les solutions qui s'étaient dégagées au cours des siècles à la suite des discussions de nos auteurs. Pendant longtemps, on a prétendu que la partie qui ne pouvait pas obtenir de l'autre la rédaction de l'acte prévu avait seulement droit à des dommages intérêts, parce qu'il y avait là inexécution d'une obligation de faire. Dans cette opinion, il n'était pas exact de dire que la promesse de vente valait vente. DEMOULIN fut le premier à soutenir l'opinion adverse et il la fit triompher: les éléments du contrat étant réunis, la promesse de passer le contrat devant notaire ou par écrit doit être assimilée au contrat lui-même (59). Claude de FERRIÈRE s'exprime ainsi: « La promesse de vente (c'est-à-dire la promesse de passer un acte notarié) vaut vente lorsque les trois conditions nécessaires pour former le contrat s'y rencontrent, « nimirum res, pretium et consensus » (60). C'est la solution consacrée expressément par l'art. 1589; s'il apparaît que la convention initiale ne renferme pas tous les éléments d'une vente, si, par exemple, les parties s'engageant à rédiger un acte authentique n'ont pas fixé le prix, la convention n'est pas une vente.

Ainsi donc, la promesse de contrat est différente du contrat lui-même, car elle est une étape dans la formation de celui-ci. Elle est essentiellement unilatérale, parce que s'il y avait échange des consentements, le contrat serait immédiatement formé en vertu du principe moderne « solus consensus obligat ». Ces solutions ne sont en rien contredites par l'article 1589, qui assimile la promesse de vente à la vente, parce qu'il entend par promesse une opération consistant dans un contrat de vente définitivement

---

(59) Voir LEVRIER, thèse citée, p. 14.

(60) Dictionnaire de droit et de pratique, v<sup>o</sup> Promesse de vendre ou de louer (II, p. 572).

conclu. La véritable « promesse de vente » est une convention unilatérale, un contrat spécial dans lequel une des parties s'oblige définitivement, mais la réalisation du contrat de vente lui-même est subordonnée à une nouvelle manifestation de volonté de l'autre partie (61).

Enfin, il convient de noter que le terme de promesse unilatérale est dangereux, car il risque de créer une confusion avec l'engagement par volonté unilatérale dont il ne peut être question ici (62).

---

(61) PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 176.

(62) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 144.



## CHAPITRE II

### VALIDITE DE LA PROMESSE DE CONTRAT

---

Du chapitre précédent, il ressort que la promesse de contrat s'analyse dans l'engagement pris par une personne de passer un contrat déterminé. Le bénéficiaire de la promesse demandera l'exécution, c'est-à-dire la conclusion du contrat, lorsqu'il sera décidé à assumer les obligations que la convention définitive mettra à sa charge. L'accord des volontés pour conclure ce contrat définitif n'est pas encore réalisé, puisqu'il manque le consentement de l'une des parties, mais, dès l'instant, où celui-ci viendra s'ajouter à celui du promettant, le contrat sera formé. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que la promesse remplisse certaines conditions, en particulier, que tous les éléments volitifs du contrat soient précisés. Ce chapitre est consacré à l'étude des conditions de validité de la promesse. Avant de passer à cette étude, il paraît nécessaire de justifier le principe même de la promesse car naguère des difficultés s'élevaient sur ce point.

## SECTION I

### LICÉITE DE LA PROMESSE DE CONTRAT

L'étude du principe de la validité même de la promesse de contrat peut paraître une question dénuée d'intérêt, après les longs développements qui ont permis d'en démontrer les utilités multiples, ainsi que le caractère propre et bien distinct du contrat lui-même.

La promesse de contrat est apparue, dans le chapitre précédent, comme imposée, en quelque sorte, par la pratique courante des affaires ; elle répond à des buts divers et permet la satisfaction de besoins créés par une civilisation évoluée. où les rapports entre les individus sont plus complexes et plus fréquents. Interdire la promesse de contrat, en la prétendant contraire au droit, serait une prohibition destinée à être violée parce qu'on ne peut défendre impunément ce qui répond à une nécessité incontestable. Il faut donc admettre la promesse de contrat, car les tentatives destinées à faire triompher l'opinion contraire seraient vaines et irrémédiablement vouées à l'échec. Cependant, ces tentatives ont été faites dans l'ancien droit, et la validité de la promesse de vente a été contestée même après la promulgation du Code civil. La promesse de société n'est admise que depuis peu de temps, et enfin, il existe de nos jours des promesses qui sont encore entièrement dénuées d'efficacité.

L'exposé des arguments invoqués contre la validité de la promesse présente un intérêt surtout historique, mais il permet aussi de pénétrer plus avant dans la nature même de cette institution, et facilite, par là, la solution des difficultés qui seront soulevées au cours des développements ultérieurs.

Pour annuler la promesse de vente, quatre sortes de motifs ont été invoqués et ils vont être examinés rapidement.

Dans notre ancien droit, FONTMAUR (1) écrit : « La promesse de vendre est nulle et invalide, s'il n'y a de la part du stipulant promesse réciproque d'acheter » et il justifie sa thèse en disant que l'opinion inverse constituerait un moyen facile de tourner la règle selon laquelle un double écrit est nécessaire pour prouver un contrat faisant naître à la charge des parties des obligations réciproques. Toute convention synallagmatique doit être constatée par autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Les motifs de cette formalité, introduite par une série d'arrêts du Parlement de Paris, dont le plus ancien remonte à 1736, sont d'ordre public. La règle est établie afin de permettre à chacune des parties d'avoir en main l'arme dont elle a besoin pour exiger de son cocontractant l'exécution de ses obligations. Si un seul écrit était rédigé, une des parties serait à la discrétion de l'autre, qui pourrait, en détruisant la preuve du contrat, ou simplement en s'abstenant de la produire, échapper à son engagement, si elle le jugeait trop onéreux. Or, la promesse est un acte unilatéral par lequel le promettant est seul obligé, et pour l'établir, il n'y a pas à obéir à la règle du double écrit. Mais, le bénéficiaire ne peut s'en prévaloir que par la transformation de la promesse en un contrat synallagmatique, et ce contrat sera formé sans que plusieurs exemplaires aient été rédigés. Dans notre ancien droit, toutes les fois qu'il en était ainsi, la convention entière était nulle; elle était privée au fond de toute espèce d'effets, alors même que son existence aurait pu être prouvée autrement et qu'elle aurait été avouée par les parties.

---

(1) V. Double écrit, II, p. 389.

La règle instituée par le Parlement de Paris n'a pas la portée qu'on voulait lui attribuer, elle a été établie pour donner aux parties la sécurité et pour maintenir entre elles l'égalité, au point de vue de la preuve. Or, dans la promesse, une seule des parties est obligée, elle s'est mise à la discrétion du bénéficiaire et c'est de lui seul qu'il dépend de transformer le contrat en une convention synallagmatique.

D'ailleurs, depuis le Code, cette argumentation ne présente plus aucune valeur, bien qu'elle ait été quelquefois reprise par certains arrêts. D'une part, l'art. 1325 n'exige pas la rédaction de plusieurs exemplaires, lorsqu'il s'agit d'une convention dans laquelle une seule des parties est obligée. D'autre part, ce n'est plus la convention elle-même qui est annulée, c'est seulement l'acte sous seing privé qui n'est pas déclaré valable, et les parties peuvent établir la promesse par l'aveu, par serment, par témoins et par présomption, lorsqu'il s'agit d'un litige ne dépassant pas 500 francs (2).

On a invoqué aussi à l'encontre de la validité de la promesse le silence du Code. Celui-ci, en effet, ne contient aucune disposition sur la formation des contrats : les articles 1589 et 1590 visant des opérations où il s'agit de convention parfaite et définitive, et cette abstention de la part du législateur de 1804 doit être considérée comme une proscription de la promesse même.

C'est là une interprétation absolument arbitraire, qui se heurte au grand principe de liberté : « tout est permis, sauf ce qui est défendu », et on pourrait citer une multitude de cas, sur lesquels le législateur a gardé le silence, et dont la licéité n'est mise en doute par personne. D'ailleurs, il est faux de dire que le Code ne contient aucune

---

(2) PLANIOL, T. II, n<sup>os</sup> 1146 et 1148. — LÉVRIER, thèse citée, p. 100. — A. COLIN et CAPITANT, II, n<sup>o</sup> 447.

disposition relative à la promesse unilatérale de vente. Dans son article 1587, sur la vente à la dégustation, il en donne un exemple.

Pour les premiers commentateurs du Code, MERLIN, TOULLIER, les promesses n'ont point d'existence juridique, elles sont dénuées de toute force obligatoire (3). Leur opinion a été suivie par de nombreux arrêts et, notamment, une décision de la Cour d'Angers du 27 juin 1829 s'y réfère expressément : « Attendu, qu'un contrat de vente est essentiellement synallagmatique, la promesse de vendre, alors qu'il n'y a pas de consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix, ne peut être considérée que comme une simple proposition, qui ne peut lier celui qui l'a faite, puisque l'autre partie n'est pas engagée envers lui » (4).

Ces auteurs et ces arrêts ont confondu la promesse de contrat et la simple sollicitation, et cependant la distinction avait été posée très nettement par POTHIER : « Il faut bien prendre garde, dit-il, à ne pas prendre pour une promesse de vente la déclaration que fait une personne de la disposition actuelle, en laquelle elle est de vendre. Cette déclaration ne renferme aucune obligation, et laisse à celui qui la fait la liberté de changer de volonté, jusqu'à ce que le marché ait été conclu... Il faut, pour une promesse de vente, que lorsque vous m'avez dit ou écrit que vous me vendiez une telle chose, il paraisse clairement, par les termes dont vous vous êtes servi, que vous avez entendu vous y obliger et que c'est une véritable convention qui est intervenue entre vous et moi ; sans cela c'est un simple discours qui ne renferme aucune obligation » (5).

---

(3) MERLIN, Rept. Vente, § 7, n° 5.

(4) Répertoire alphabétique Dalloz. « Vente », 291-6°.

(5) Traité de la vente, n° 478.

Enfin, on a invoqué, contre la validité de la promesse de vente, un dernier argument. On a dit : la promesse de vente s'analyse en une vente sous condition suspensive, de nature potestative. « Je vends, dit le promettant, si vous voulez acheter ». Il y a là une vente subordonnée à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté de l'une des parties, et l'art. 1774 annule l'engagement affecté d'une condition purement potestative (6).

A cet argument, on peut opposer deux objections décisives. D'une part, aux termes mêmes de l'article 1774, la condition potestative n'est une cause de nullité « que quand elle est potestative de la part de celui qui s'oblige et non de la part de celui envers qui l'obligation est contractée ». La condition purement potestative n'empêche pas la formation du contrat lorsqu'elle dépend de la volonté du créancier. « Je promets de vous vendre ma maison, de vous prêter 1.000 francs, si vous le voulez ». En pareil cas, le débiteur, ici, le promettant, contracte une obligation ferme en ce qui le concerne, et le créancier est libre de tout engagement, le bénéficiaire de la promesse est maître de réaliser ou de faire défaillir la condition qui affecte le contrat. D'autre part, il est permis de se demander si l'on est bien, ici, en présence d'une véritable condition. Il manque au contrat promis un de ses éléments essentiels et la condition au sens des articles 1168 et s. est un fait extérieur au contrat (7). C'est une question qui sera étudiée à propos de la nature du droit qui résulte de la promesse.

En matière de promesse de société, un arrêt de la Cour de Toulouse du 22 juin 1872 (8) a prétendu que la promesse ne créait aucun bien obligatoire, ne pouvait pas justifier une demande en dommages-intérêts au cas d'inexécution. En effet, a-t-on dit, l'allocation de dommages-inté-

---

(6) Voir PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 176.

(7) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 144.

(8) S. 1873-2-169.

rêts procurerait un avantage équivalent à celui qu'on aurait obtenu par la formation de la société ; il y aurait là un moyen d'éluder l'écrit de la publicité exigée par la loi pour la formation des sociétés commerciales.

Mais cette opinion n'a pas triomphé. Sans doute, s'il s'agissait d'une société, la demande en nullité, pour défaut de publicité, ne serait que l'usage d'un droit et ne pourrait donner lieu à une condamnation à des dommages et intérêts. Mais il est abusif d'assimiler la promesse de société à la société. LABBÉ déclare « qu'une promesse de société ne se confond d'ailleurs pas avec la société elle-même ; il serait excessif de dire qu'elle n'est valable qu'en remplissant les conditions exigées pour l'existence de la société, qu'elle est destinée à fonder » (9).

Aucun texte ne prohibe expressément la promesse de contrat, elle est donc permise, et sa validité se fonde sur les principes généraux (10). Tous les auteurs voient dans la promesse de contrat une convention, et le principe de l'autonomie de la volonté a pour conséquence de donner effet à toutes les conventions légalement conclues. La promesse de contrat n'a rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, elle est un contrat unilatéral et ceux-ci sont prévus et, par-là même, autorisés par l'art. 1103 du Code civil, qui s'exprime ainsi : « Il y a contrat unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait engagement ».

Cependant, si les principes généraux conduisent à admettre la validité de la promesse de contrat, dans certains cas ils aboutissent à la solution inverse. Ainsi, il a déjà été indiqué que la promesse de déposer un objet n'était pas obligatoire, le bénéficiaire n'ayant aucun intérêt à en de-

---

(9) Note PIC, au D. 1934-2-129. — Note BOURCART au S., 1922-1-17. — *Journal des Sociétés*, 1932, p. 228.

(10) POTHIER, GUILLOUARD, AUBRY et RAU, T. IV, p. 353.

mander l'exécution. La même solution doit être adoptée en ce qui concerne le don manuel (11). La tradition étant indispensable, la promesse de don manuel est nulle, de nullité absolue. Ce qui opère le transfert de propriété, c'est la tradition. La simple promesse est inefficace, elle n'engendre aucune obligation de donner. Le donateur peut rétracter ses engagements, explicitement ou implicitement en donnant manuellement à autrui. En cas de mort du donateur, les héritiers peuvent se refuser à effectuer toute livraison ; s'ils en effectuent une, c'est une donation à eux personnelle.

Exception faite de cas très particuliers, la validité de la promesse de contrat ne fait pas de doute, et il convient maintenant d'en déterminer les conditions d'efficacité.

## SECTION II

### CONDITIONS DE VALIDITE DE LA PROMESSE

POTHIER a été le premier de nos auteurs à analyser d'une façon complète la promesse de vente, et ce qu'il en a dit s'applique à toutes les promesses de contrat en général. La promesse se distingue du contrat parce qu'elle ne fait naître des obligations qu'à la charge d'une seule des parties ; elle se distingue de la sollicitation par son caractère obligatoire ; mais, pour qu'il en soit ainsi, « il faut, dit POTHIER, qu'il paraisse clairement, par les termes dont vous vous êtes servis, que vous avez entendu vous y obliger et que c'est une véritable convention qui est intervenue entre vous et moi ».

---

(11) PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 121. — *Id.*, T. V, par Trasbot, n° 382.

La promesse de contrat est donc un véritable contrat, et cela a été admis dès avant la rédaction du Code, en ce qui concerne la promesse de vente. Il est, par suite, facile d'en déterminer maintenant les conditions de validité, qui seront celles des contrats en général. L'article 1108 en énumère quatre : le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation.

### § 1. — LE CONSENTEMENT

Le consentement est l'élément essentiel du contrat, c'est lui qui donne à la convention son caractère obligatoire, et l'accord des volontés se réalise en deux phases successives : l'émission de l'offre et l'acceptation de cette offre. Dans la convention qui s'appelle promesse de contrat, le pollicitant offre de maintenir sa pollicitation jusqu'à ce que la partie à laquelle il s'adresse se décide à conclure le contrat proposé. Le bénéficiaire accepte cette offre, parce qu'il y a tout intérêt, et la convention est donc immédiatement conclue. L'expression « promesse de contrat » ne marque pas assez nettement cette intervention du destinataire de l'offre. Promettre est plus qu'offrir, mais, à première vue, les mots promesse de contrat n'indiquent pas qu'il y a déjà convention conclue. Cette acceptation a un rôle capital (12), elle donne à la promesse son caractère obligatoire, qui la distingue de la pollicitation. L'offre acceptée s'appelle promesse, et cette acceptation crée un lien de droit pour celui de qui elle émane : l'autre partie peut l'obliger à passer le contrat. Dans la promesse de vente, la pollicitation est acceptée par la partie à qui elle s'adresse, celle-ci ne consent pas encore à acquérir le bien, mais

---

(12) DESCHAMPS : La promesse de contrat, p. 78, p. 60.

prend acte de l'offre qui lui est faite. De cet accord de volonté résulte un engagement de la part du promettant, alors que si son offre n'avait pas été acceptée, il se trouverait libre de toute obligation.

Cette acceptation peut être tacite et résulter des circonstances ; les tribunaux admettent très facilement qu'elle a été donnée, car le bénéficiaire a un avantage considérable à accepter ; on peut donc présumer qu'il le fera toujours. D'ailleurs, dans certains cas, l'obligation de passer ultérieurement le contrat est imposée au promettant. Ainsi, celui qui prête des capitaux peut se faire promettre par l'emprunteur de transformer sa situation de prêteur en celle de commanditaire, l'emprunteur s'engage à faire une société (13).

Il est quelquefois difficile de déterminer l'intention des parties, de savoir s'il y a acceptation de l'offre en tant que telle, ou acceptation de l'offre de conclure le contrat lui-même. Ainsi, quel est le sens de cette formule relevée dans les recueils de la pratique : « Le propriétaire promet de vendre au stipulant, qui accepte, tel immeuble moyennant tel prix ». Il est ici fait mention d'une acceptation : mais est-ce l'acceptation de l'offre de vendre impliquant l'intention d'acheter, auquel cas il y a conclusion du contrat de vente ? Ou bien est-ce l'acceptation de l'offre en tant que telle, auquel cas il y a conclusion d'une simple promesse de vente ? Il appartient au juge du fait de déterminer souverainement l'intention des parties ; tout arbitraire sera évité si les parties ont exprimé clairement ce qu'elles voulaient faire : si, par exemple, elles ont dit : « Le propriétaire confère au stipulant qui accepte, mais sans prendre l'engagement d'acheter, la faculté d'acquérir, si bon semble à ce dernier, l'immeuble dont la vente est promise. » (14).

---

(13) Note Pic au D.P. 1934-2-129, sous Paris, 29 juin 1932.

(14) THIRION, thèse citée, p. 31.

Les contrats se forment par le simple accord des volontés, et il faut donc admettre que la promesse de contracter est valable, quelle que soit la forme dans laquelle elle se réalise. Mais alors, une grave objection se présente : si la promesse sans forme entraîne l'obligation de conclure le contrat, il y aura là un moyen facile de tourner la loi, lorsqu'elle exige des formes pour la conclusion d'un contrat (15). Ainsi, reconnaître à la promesse consensuelle de donner le caractère obligatoire, entraînant pour le promettant l'obligation de réaliser la donation prévue, c'est enlever toute portée pratique à la loi qui fait de la donation un contrat solennel : il suffira de faire une promesse pour arriver au même résultat, sans avoir à respecter les exigences légales. C'est là une solution inadmissible, et pendant longtemps, elle a été rejetée en bloc. Logiquement, en effet, il faut décider que lorsque la loi prévoit des formalités, la promesse de contrat n'est valable qu'autant qu'elle a été accompagnée de ces formalités. Il serait inutile de prescrire une forme pour les contrats, si cette forme n'était pas applicable à tous les accords de volonté, par lesquels on s'oblige à la conclusion de semblables contrats.

Cependant, une pareille solution, par sa généralité même, se heurte au grand principe de l'autonomie de la volonté, selon lequel tout engagement licite, pris par une personne capable, doit être respecté. Le formalisme n'est plus qu'une exception établie par la loi dans les cas spéciaux, et les textes déroatoires doivent être interprétés restrictivement.

Certains auteurs ont soutenu que l'inexécution d'une promesse de passer un contrat solennel justifiait une demande en dommages et intérêts, mais ne permettait pas d'obtenir la conclusion du contrat. Cette solution est aujourd'hui abandonnée, parce que la perspective d'avoir à payer une lourde indemnité pousse, en fait, le promettant

---

(15) PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, T. VI, n° 118.

à exécuter son engagement. Il y aurait donc là un moyen de s'engager en dehors des formes prévues et de tourner la loi.

De nos jours, on fait une distinction, selon le but poursuivi par le législateur, lorsqu'il a créé des contrats solennels (16).

Si la solennité a pour but de sauvegarder la liberté des contractants ou de les protéger contre leur propre faiblesse ou leur ignorance, le bénéficiaire ne pourra pas réclamer l'exécution de la promesse sans forme qui lui a été consentie. Ainsi, la promesse consensuelle de faire une donation ne fait pas naître une action en exécution, la solennité exigée par la loi ayant très nettement pour but de protéger le donateur contre tout entraînement irraisonné, et de le soustraire aux influences étrangères qui peuvent dominer sa volonté. Pour que la promesse de donner soit obligatoire, il faut qu'elle soit constatée par acte authentique (17) et il faut dire que dans ce cas elle se confondra avec la donation elle-même. La même solution doit être appliquée au cas de promesse de subrogation à son hypothèque légale faite par une femme mariée, l'authenticité exigée par la loi de 1855 ayant pour but la protection de la femme contre les abus d'influence du mari.

Lorsque la solennité est exigée pour des raisons de publicité ou par crainte de fraude, on décide que la promesse est pleinement obligatoire. Il faut décider que le tiers qui a promis à un débiteur de payer pour lui à condition d'être subrogé conformément à l'article 1250 peut forcer le débiteur à la passation de l'acte notarié exigé par la loi (18).

---

(16) LEDUC, thèse citée, p. 55 et ss.

(17) Dijon, 26 avril 1932, D.H. 1932, p. 339. — PLANIOL: Traité élémentaire, T. III, n° 2540. Dans ce sens, art. 243 du Code Fédéral suisse.

(18) LEDUC, thèse citée, p. 59.

De même, les auteurs et la jurisprudence admettent le caractère obligatoire de la promesse de constituer une hypothèque, bien qu'elle n'ait pas été constatée par devant notaire (19). « Sous quelque forme qu'une pareille promesse ait eu lieu, le créancier est en droit d'en exiger l'accomplissement au moyen de la passation de l'acte notarié et, en cas de refus du débiteur, de provoquer contre lui un jugement qui emportera hypothèque judiciaire » (20). On considère que la solennité a pour but moins l'intérêt du débiteur que la sécurité des tiers et l'intérêt du crédit (21). En effet, on doit savoir quel inconvénient il y a à hypothéquer ; la promesse d'hypothèque n'a de valeur qu'entre les parties, une rédaction correcte n'est pas absolument nécessaire puisqu'elle n'a pas à être publiée.

En dehors des contrats solennels proprement dits, la loi exige, dans certains cas, des formes spéciales pour prouver le contrat. La preuve de la promesse sera-t-elle régie par les mêmes dispositions ? Une promesse portant sur un contrat soumis à un mode de preuve spécial est-elle soumise au même mode de preuve ? La question s'est surtout posée à propos des promesses de sociétés et, à ce sujet, M. PIC a écrit dans son traité des Sociétés (22) : « Si toute société commerciale doit être constatée par écrit, on admet, au contraire, que ce principe ne saurait être étendu à la simple promesse... » ; « Une telle promesse est valable et peut être établie par tous les moyens usités au commerce (livres, correspondances, preuve testimoniale) ». Cette solution est adoptée par tous les auteurs, elle est fondée sur la distinction entre la promesse et le contrat lui-même. Prouver contre une personne qu'elle s'est enga-

---

(19) PLANIOL, RIPERT, T. XII, par Becqué, n° 455. — PERROUD, note au S. 1912-1-217. — Paris, 24 janvier 1928, D.H. 1928, p. 277. — Req. 5 nov. 1860, D. 61-1-301.

(20) AUBRY et RAU, T. III, § 266, note 53.

(21) PLANIOL, RIPERT, T. XII, par Becqué, n° 446.

(22) N° 442 et note au D.P. 1934-2-129.

gée à former une société, ce n'est pas prouver l'existence de cette société.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL (23) appliquent la même solution au louage. « La promesse unilatérale n'a rien de commun avec le bail, donc on ne peut dès lors lui appliquer les modes de preuves exceptionnelles réservées au bail ».

En résumé, on peut dire que la promesse de contrat sera toujours un contrat consensuel, car, dans tous les cas où pour être obligatoire, elle devrait être solennelle, elle se confondra avec le contrat lui-même (donation, subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée).

## § 2. — LA CAPACITÉ

Quelle est la capacité nécessaire pour conclure une promesse de contrat ? Telle est la question qui va être examinée, et comme elle ne soulève pas de difficulté, elle sera traitée rapidement.

L'opération confère au bénéficiaire de la promesse tous les avantages. Son cocontractant est lié et il n'utilisera la promesse que s'il le juge à propos. Ne s'engageant à rien, il ne risque pas de subir un préjudice, aussi, l'acceptation de la promesse est en quelque sorte un acte conservatoire, et tout incapable, tout administrateur du bien d'autrui a qualité pour recevoir une promesse. Par exemple, un mineur peut parfaitement accepter la promesse qui lui est adressée ; il en est de même pour le tuteur, le syndic de faillite, la femme mariée, etc...

En ce qui concerne le promettant, il faut décider qu'il doit avoir la capacité de conclure le contrat qu'il promet de passer (24). En effet, il s'engage définitivement, il donne.

---

(23) Le louage, T. I, n° 150. Paris 23 déc. 1892, D. 93-2-71.

(24) MATULESCO, thèse citée, p. 20. — PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 145. — LÉDUC, th. cit., p. 51.

dès l'instant de la promesse, son consentement, et il ne peut le faire valablement qu'autant qu'il est capable.

Le mineur, incapable de contracter, est incapable aussi de promettre de contracter, puisque la promesse est un contrat. On reconnaît au tuteur le droit de promettre un contrat, mais il ne peut le faire qu'avec les autorisations requises pour passer le contrat lui-même.

Les incapables, qui continuent à exercer leur droit eux-mêmes et qui sont simplement protégés par le concours d'une personne sans l'assistance ou l'autorisation de laquelle ils ne peuvent passer les actes considérés comme dangereux, ne peuvent promettre de conclure un contrat qu'il leur est interdit de passer seul (25). Ainsi, la femme mariée ne peut pas promettre de faire un prêt de consommation si elle n'y est pas autorisée par son mari. La femme dotale, incapable d'engager ses biens dotaux par un contrat, sera incapable aussi de les engager par une promesse de contrat (26).

### § 3. -- L'OBJET : DÉTERMINATION DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS

L'objet du contrat est ce que doit le débiteur. Toute obligation a pour objet un fait qu'une personne peut exiger d'une autre. Celle-ci peut être obligée soit à faire, soit à ne pas faire quelque chose. Dans un avant-contrat, le promettant s'oblige à faire un contrat. L'objet de son obligation est de donner par avance son consentement pour pouvoir réaliser le contrat qu'il promet de conclure. Mais il faut, pour qu'il soit obligé, que ce contrat soit bien déterminé. En effet, lorsque l'indétermination porte sur la nature même de l'objet, on ne sait quel fait ou quelle chose peut être réclamé. Celui qui aurait promis « de faire un

---

(25) Req. 6 février 1935, S. 1935-1-103. Paris 23 juillet 1930, D.H. 1930, 563. — PLANIOL, RIPERT, T. III, par Savatier, n° 257.

(26) Note de PERROUD au S. 1912-1-217.

contrat » n'aurait, en fait, rien promis. Un objet qui n'est pas déterminé équivaut à un objet inexistant, car, sauf le cas où les parties l'ont ainsi décidé, il n'appartient pas au juge d'apprécier lui-même la nature et l'espèce de l'objet, la qualité ou la quantité de la chose promise (27).

Il faut donc que les éléments du contrat soient précisés dans la promesse ; s'il n'en était pas ainsi, on ne pourrait pas dire qu'il y a eu véritable consentement. « Pour qu'il y ait véritablement volonté, qu'il s'agisse de la rencontre de deux volontés ou même simplement de l'essor d'une volonté unique, il faut que la pensée soit dégagée des réflexions en sens divers et des oscillations vagues pour arriver à des précisions qui constituent véritablement la décision » (28).

D'ailleurs, la réalisation de la promesse doit avoir lieu par la volonté d'une seule des parties, et elle n'a pas le pouvoir de déterminer seule les éléments du contrat, sauf ceux qui ont été conventionnellement laissés par la promesse à sa détermination.

Si les caractéristiques du contrat ne sont pas suffisamment indiquées, il y aura simple projet, non obligatoire, et toutes les fois qu'un nouvel accord des parties sera nécessaire pour déterminer un élément du contrat, c'est de ce nouvel accord, et non de l'acceptation de la promesse que résultera le contrat.

Quels sont ces éléments essentiels du contrat qui doivent être déterminés, ou tout au moins déterminables ? Ce sont ceux qui ont un caractère de nécessité absolue et à l'absence desquels il serait impossible de suppléer, parce qu'ils ne peuvent être fixés que par la volonté des parties (29).

---

(27) PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 220.

(28) Note BOURCART au S. 1922-1-17.

(29) PLANIOL, RIPERT, t. VI, par Esmein, n° 147. — DESCHAMPS: La promesse de contrat, p. 77. — LEDUC, th. cit., p. 42.

La promesse d'achat ou de vente doit préciser la chose dont il s'agit de transférer la propriété et le montant du prix auquel la vente aura lieu. POTHIER (30) estimait que la détermination du prix n'était pas nécessaire dans la promesse, le silence des parties sur ce point devant être interprété comme une promesse de vendre à juste prix, c'est-à-dire à prix déterminé par expert. La solution contraire est aujourd'hui admise par tous les auteurs, les uns la fondent sur l'art. 1589, parce qu'ils prétendent que cet article vise les promesses unilatérales, les autres sur l'art. 1591, aux termes duquel « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties » (31).

En matière de vente à option en banque, l'engagement du promettant ne porte pas sur un objet précis, puisqu'il s'oblige à vendre à l'autre partie le nombre de titres que celle-ci exigera, sous réserve de ne pas excéder un certain maximum. On analyse l'opération comme comportant autant de contrats identiques qu'il y a de titres (32).

Pour qu'une promesse de bail (33) soit valable, il faut et il suffit que la durée du bail, le montant des loyers et la chose louée soient déterminés.

La promesse de société est valable lorsqu'elle indique l'objet de la future société et l'importance des apports à effectuer par chacune des parties (34). Leur silence sur la durée de la société sera suppléé par les articles 1869 et 1871 du Code civil, de même que le partage des bénéfices sera réglé, à défaut d'accord sur ce point, par l'art. 1858.

---

(30) Traité de la vente, nos 481 et s.

(31) Dans la 1<sup>re</sup> opinion: PLANIOL, T. II, n° 1409. — Cas. Req. 1<sup>er</sup> juin 1932. S. 1932-1-340.

(32) LECONTE, art. cit. *Rev. Trim.*, 1931, p. 577.

(33) Tribunal civ. d'Albertville, 16 février 1934. D.H. 1934, p. 263.

(34) PIC: Traité des Sociétés commerciales, T. I, éd. 1907, n° 597. — LYON-CAEN et RENAULT, T. II, n° 179. — Cass. 15 déc. 1920. S. 1922-1-17. — Note PIC au S. 1934-2-129.

L'ouverture de crédit doit indiquer le maximum de la somme que le prêteur promet de prêter.

Il ne suffit pas pour que le lien de droit soit formé, que l'objet soit déterminé, il faut encore qu'il soit possible et licite.

L'objet doit être possible : il s'agit ici de savoir si le promettant peut faire le contrat qu'il promet, et c'est là une question de capacité qui a déjà été examinée. En effet, ce qui est dû par le promettant, c'est son consentement pour conclure le contrat définitif : s'il est incapable, il ne peut le donner valablement, l'objet de son obligation est donc bien impossible à exécuter, et il est parfaitement justifié de ramener l'objet à la capacité.

L'objet doit être licite, et la théorie de PLANIOL, selon laquelle l'objet et la cause peuvent se confondre lorsqu'il s'agit d'en apprécier le caractère illicite ou immoral, peut être appliquée en notre matière : « On dit qu'un contrat est nul, parce que son objet est illicite, mais c'est là une erreur : les choses ne sont pas en elles-mêmes illicites ou immorales, mais seulement l'usage qu'on en fait ; ce sont donc les actes et le but qui sont illicites ou immoraux » (35) et on arrive ainsi à l'étude de la cause de la promesse de contrat.

#### § 4. — LA CAUSE

Quelle est la cause de l'obligation que contracte le promettant ? « La réponse n'est pas douteuse », dit CAPITANT (36). « Le propriétaire qui promet à une personne de lui vendre sa chose à tel prix, pendant un laps de temps déterminé, si elle veut l'acheter, se propose pour but la

---

(35) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 225. — PIC: Traité des Sociétés, T. I, n° 420.

(36) De la cause des obligations, n° 28. Rapp. PLANIOL, RIPERT, T. VI, n° 251.

vente définitive ; et, de même, celui qui promet au propriétaire d'un bien de le lui acheter à tel prix, pendant un délai convenu, pour le cas où celui-ci se déciderait à le vendre, agit dans la pensée de devenir un jour acquéreur. L'obligation ainsi contractée a donc pour but ou pour cause la conclusion du contrat définitif ».

La cause de l'obligation du promettant sera illicite ou immorale, lorsque le contrat à conclure sera contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs et, c'est à raison de la liaison intime de la promesse et du contrat qu'il faut considérer celui-ci pour déterminer les cas dans lesquels il y aura lieu de prononcer la nullité de l'engagement du promettant (37).

Ainsi, la promesse de constituer une société ayant pour but l'exploitation d'un remède secret sera nulle et la nullité de la promesse peut être demandée avant la réalisation de la société (38).

De même qu'une vente portant sur la chose d'autrui est nulle (art. 1599), de même la promesse de vente consentie sur un immeuble indivis est nulle, lorsque le promettant s'engage à transférer la totalité du bien. Mais, la nullité n'atteint la promesse, qu'autant qu'elle porte sur les parts indivises appartenant aux copropriétaires, qui, dans cette mesure peuvent l'invoquer, même avant la réalisation du partage. Le promettant ne peut invoquer l'art. 1599; car ce texte semble établir une nullité relative destinée à protéger le véritable propriétaire du bien et, d'autre part, étant tenu à garantie, il ne peut opposer son défaut de propriété. Le bénéficiaire de la promesse conserve le droit d'en demander la réalisation pour la part indivise du promettant (39).

---

(37) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, p. 356.

(38) Angers, 13 mai 1929. S. 1931-2-1.

(39) Cas. civ., 12 déc. 1933. S. 1934-1-93. — Civ. 22 nov. 1926. S. 1927-1-169, note VIALLETON. D. 1929-1-113, note LALOU.

C'est, en se fondant sur l'objet ou la cause illicite, que certains auteurs et les tribunaux prononcent la nullité de la « clause commerciale » insérée dans un contrat de mariage. Celui qui promet de vendre un fonds de commerce, compris dans sa succession, ne s'engageant pas lui-même, fait un pacte sur succession future, prohibé par la loi. Le but visé par les parties est illicite, d'autant plus qu'en modifiant la composition de la succession, la clause commerciale est de nature à porter atteinte aux droits des réservataires, qui doivent recevoir leur réserve en nature (40).

Consentement des parties et notamment acceptation du bénéficiaire de la promesse, capacité du promettant pour conclure le contrat définitif, détermination des éléments essentiels, objet licite du contrat promis, telles sont les conditions nécessaires à la validité de la promesse. Lorsqu'elles sont réalisées, elles suffisent à donner à la promesse sa pleine efficacité. Il est inutile d'exiger, comme le veulent certains auteurs, qu'un délai soit prévu pour que l'obligation naisse à la charge du promettant. Cette question sera examinée dans la troisième partie consacrée à la durée de la promesse de contrat.

---

(40) Note CAPITANT au D. 1931-2-1.

## DEUXIEME PARTIE

# EFFETS DE LA PROMESSE DE CONTRAT

---

La promesse de contrat nous est apparue dans la première partie comme étant un véritable contrat, doué d'une vie propre et soumis à des conditions de validité bien déterminées. Il convient d'étudier maintenant les effets de ce contrat, c'est-à-dire le lien obligatoire qu'il crée, car un contrat a uniquement pour effet de faire naître des obligations. Le contrat de promesse est un contrat essentiellement unilatéral, et si l'on aperçoit très nettement l'obligation du promettant, il est plus difficile de déterminer la nature du droit du bénéficiaire, ses caractéristiques et son étendue. Ce sera là l'objet d'un premier chapitre intitulé : « Les effets de la promesse avant sa réalisation ».

Dans un second chapitre, c'est la mise en jeu du droit du bénéficiaire qui sera examinée. « La réalisation de la promesse », c'est-à-dire la conclusion du contrat définitif par la seule volonté du bénéficiaire, est le but que les

parties se proposent d'atteindre, celui qui est à l'origine même de la promesse. Préparer le contrat est l'effet principal de la promesse ; le conclure constitue l'exécution effective de l'obligation du promettant, le paiement au sens juridique du mot. Cette exécution peut se heurter en fait et en droit à des difficultés pour lesquelles un essai de solution sera esquissé dans le second chapitre.

## CHAPITRE PREMIER

# EFFETS DE LA PROMESSE DE CONTRAT AVANT SA REALISATION

---

### § 1. — SOURCE DE L'OBLIGATION DU PROMETTANT

Dans la promesse de contrat une seule des parties est obligée, et, à l'époque où la nature de la promesse n'était pas encore nettement dégagée, les explications de cette obligation étaient nombreuses, mais elles étaient toutes insuffisantes.

Une obligation ne pouvant naître que d'un contrat ou de la loi, on a commencé par donner de l'engagement du promettant une explication délictuelle (1). Le promettant doit exécuter sa promesse, car, s'il ne le faisait pas, il pourrait en résulter un dommage pour le bénéficiaire. Si ce dommage est réalisé parce que le promettant n'a pas tenu sa promesse, il doit être condamné à le réparer, « car il y a forcément une connexité qui s'impose, entre un acte juridique dont on a pris l'initiative et les suites de

---

(1) Rennes, 8 juillet 1929. D.H. 1929, p. 548.

cet acte, qui pourraient être dommageables pour celui à qui l'acte s'adressait » (2). La meilleure réparation est d'obliger le promettant à réaliser le contrat.

Cette explication ne peut pas être acceptée pour plusieurs raisons. Même en se plaçant sur le terrain sur lequel elle se meut, c'est-à-dire sur le terrain délictuel, elle doit être rejetée. Le promettant, disent les partisans de cette opinion, doit être obligé à conclure le contrat parce que c'est le moyen le plus adéquat de réparer le préjudice causé par la rétractation de la promesse. C'est le dommage qui justifierait la demande en réparation. Or, pour être obligé à réparer le dommage qu'on a causé, il faut avoir commis une faute, et cette opinion ne prouve pas cette faute, elle ne se soucie pas de démontrer que la rétractation de la promesse est un acte illicite, elle reconnaît implicitement que cette démonstration est impossible.

Au fond, cette opinion ne vaut rien, car elle se heurte au caractère même de la promesse de contrat, tel qu'il a été déterminé dans le chapitre précédent. Elle révèle une confusion manifeste entre la promesse et l'offre pure et simple. Evidemment, l'une et l'autre comportent de la part de celui qui les fait une manifestation de volonté suffisante pour former un contrat : mais, tandis que l'offre est une manifestation unique de volonté, la promesse comporte de la part de celui à qui elle est faite une acceptation de cette promesse, en tant que telle. Les auteurs, n'ayant pas aperçu cette intervention du destinataire de la promesse de contrat, ne pouvaient pas distinguer celle-ci de la simple sollicitation, non obligatoire pour celui qui l'a émise. L'expression « promesse de contrat » est fallacieuse, car elle ne marque, en aucune manière, le rôle de la partie à laquelle cette promesse est offerte, rôle considérable, puisqu'en donnant acte à l'autre partie de sa

---

(2) SALEILLES: *Rev. Trim.* 1907, art. cit., p. 702.

promesse, elle scelle avec elle un contrat unilatéral dont l'objet est la conclusion du contrat prévu.

Souvent, en fait, cette acceptation est implicite, une seule volonté étant formulée nettement, et il est difficile, en pratique, de distinguer la simple pollicitation de la promesse de contrat. Les tribunaux, approuvés par la doctrine, admettent très facilement cette acceptation, et ils présument qu'elle a eu lieu toutes les fois que l'offre est accompagnée d'un délai. On tend ainsi à reconnaître à l'offre, un certain caractère obligatoire, et dans toute la mesure où elle devient irrévocable le champ de la promesse de contrat diminue. Pour expliquer ce caractère obligatoire de la pollicitation accompagnée d'un délai, des auteurs ont eu recours à une théorie selon laquelle le pollicitant serait tenu de maintenir son offre, car elle constitue une déclaration unilatérale de volonté créatrice d'obligation. « En effet, dit CAPITANT, il n'y a aucune impossibilité logique à admettre qu'une personne soit engagée, du moment qu'elle en a manifesté clairement l'intention, avant même que celui qui doit bénéficier de son obligation ait accepté l'offre ou même en ait eu connaissance » (3).

Il n'entre pas dans le cadre de notre sujet de discuter la théorie selon laquelle la déclaration de volonté unilatérale doit être rangée parmi les sources possibles d'obligations. Si on l'admet, il faut dire que toute offre, quelle qu'elle soit, est obligatoire, et c'est là un résultat qui ne cadre pas avec la jurisprudence actuelle, car seule, l'offre accompagnée d'un délai est irrévocable. Il est vrai que les tribunaux admettent que le délai peut résulter des circonstances et être implicite, et il en est ainsi pour les contrats par correspondance. DEMOLOMBE a analysé l'obligation de maintenir l'offre pendant le délai en une convention tacite et nombreux sont les auteurs qui ont adopté cette

---

(3) COLIN et CAPITANT, loc. cit., T. II, 5 éd., p. 272.

explication. Dans la pollicitation accompagnée d'un délai, il y a deux offres : l'offre principale de conclure le contrat et l'offre accessoire de maintenir la pollicitation pendant un certain temps. La première attend pour devenir obligatoire l'acceptation ; la deuxième est acceptée immédiatement par le correspondant, puisqu'elle est toute à son avantage.

Cependant, même dans les cas où la pollicitation est obligatoire, elle ne se confond pas avec la promesse de contrat. D'une part, le délai pendant lequel elle doit être maintenue est généralement très court ; d'autre part, elle devient caduque si son auteur vient à décéder avant l'acceptation, ou s'il vient à être frappé d'une incapacité. Au cas d'inexécution, une autre différence apparaît quant au montant des dommages-intérêts : elle sera examinée plus loin.

Donc, dans la promesse de contrat, le promettant est tenu d'une obligation ayant sa source dans une convention : celui qui refuserait de l'exécuter violerait son obligation, il commettrait une faute contractuelle.

Quel est le contenu de cette obligation ? Il est facile à déterminer. Le promettant s'engage envers le bénéficiaire à réaliser le contrat promis et, par cela même, il s'engage à ne pas conférer à des tiers des droits antagonistes à ceux qu'il a promis. Mais il n'est pas obligé purement et simplement, puisqu'il ne peut pas forcer le créancier à recevoir son paiement : il ne peut pas faire d'offres réelles car c'est la raison même de la promesse de laisser au bénéficiaire la pleine liberté de se prévaloir ou non de l'obligation du promettant. Celui qui a promis de prêter ne peut obliger l'emprunteur à recevoir les deniers, celui qui a promis d'acheter ou de vendre ne peut pas se faire mettre en possession de la chose ou exiger le prix.

A cet égard, le promettant est dans une situation qui ressemble assez, à première vue, à celle du débiteur sous

condition ou du débiteur à terme lorsque le terme est consenti dans l'intérêt du créancier. La détermination de la modalité à laquelle est soumise son obligation sera plus facile si on l'envisage du côté actif. A toute dette correspond une créance, et il convient d'examiner maintenant la nature du droit du bénéficiaire de la promesse, d'en tirer les conséquences et d'étudier brièvement les moyens mis par la loi à la disposition du bénéficiaire pour assurer la conservation de son droit.

## § 2. — NATURE DU DROIT DU BÉNÉFICIAIRE DE LA PROMESSE

A première vue, on est tenté de dire que le droit du bénéficiaire est un droit conditionnel : ce n'est pas un droit pur et simple, puisqu'il ne peut pas être obligé à en recevoir le paiement ; ce n'est pas un droit à terme, puisque le bénéficiaire est libre de ne jamais en demander l'exécution, et le terme est un événement de réalisation certaine. Dans la promesse de vente, il semble que le promettant vend sa chose sous la condition suspensive que celui à l'égard duquel il s'engage consente à l'acheter. De même, dans la promesse de prêt, une partie s'engage à verser les deniers sous la condition que l'emprunteur demandera la tradition ; dans la promesse d'hypothèque, le débiteur s'engage sous la condition que le créancier demandera la rédaction d'un acte notarié. Le bénéficiaire de la promesse aurait donc un droit sous condition suspensive. Cette opinion a longtemps été admise par les tribunaux et défendue par de bons auteurs. En effet, il existe une ressemblance très grande entre la promesse et le contrat sous condition. Dans les deux cas, une convention est formée, dans les deux cas cette convention peut, suivant les circonstances, tomber ou devenir un contrat, dans les deux cas son sort définitif dépend d'un événement qui, au moment de la convention, est futur et incertain.

Cependant, cette opinion est aujourd'hui abandonnée : pour qu'un événement futur et incertain constitue une condition, « il faut que ce soit un fait extrinsèque, extérieur au contrat si l'on peut dire, et que par un lien artificiel on a rattaché à la convention » ; or, lorsqu'il s'agit d'une promesse de contrat, l'événement prévu se rattache si directement à la convention qu'il constitue un de ses éléments. Comme le dit M. BARTIN : « Il n'y a dans un acte juridique de condition proprement dite, que si l'on peut, par la pensée, concevoir un acte pur et simple » : Or, par exemple, dans la promesse de vente, il n'y a pas de vente, puisque la promesse se caractérise par l'absence de volonté d'acquérir chez celui à qui elle est faite. La condition est quelque chose d'accidentel, qui ne se confond pas avec les éléments nécessaires de l'acte : or, dans la promesse de contrat, il manque un de ces éléments nécessaires sans lequel le contrat n'est pas formé, et on ne peut faire de sa réalisation une condition de formation, puisque la condition suppose déjà l'existence d'un contrat qu'elle affecte.

Le bénéficiaire de la promesse n'a donc pas un droit conditionnel : il a un droit *éventuel*, si on entend par là un droit auquel manque un de ses éléments essentiels, « un droit né à la suite d'un acte juridique incomplet » (4). Dans la classification des droits par rapport au temps où ils vont produire leur effet, on distingue : le droit pur et simple, le droit à terme, le droit conditionnel et le droit éventuel. C'est dans cette dernière catégorie qu'il faut ranger le droit né de la promesse de contrat.

Si maintenant l'on se place au point de vue de la classification des droits réels et des droits de créance, on est conduit à reconnaître au bénéficiaire de la promesse de contrat un droit *personnel*. En effet, le promettant s'est obligé à donner son consentement pour conclure le con-

---

(4) DEMOGUE: *Rev. Trim.*, 1905, art. cit., p. 723 et s.

trat définitif, il s'est obligé à maintenir son offre. Le bénéficiaire de la promesse est donc titulaire d'un droit en vertu duquel il peut exiger du promettant, et de lui seul, un certain fait (la conclusion du contrat) et c'est là la définition des droits personnels (5). D'ailleurs, dans une certaine mesure, le promettant n'est pas seulement tenu d'une obligation de faire, mais aussi d'une obligation de ne pas faire : ne pas consentir à des tiers des droits antagonistes, qui empêcheraient la réalisation du contrat. La jurisprudence a toujours admis cette solution, mais dans la doctrine certains auteurs ont voulu reconnaître au bénéficiaire d'une promesse de vente un droit réel. Dans ce cas, disent-ils, le promettant s'oblige à transférer la propriété. Par suite, la prétendue obligation de faire se confond avec l'obligation de donner. Le bénéficiaire a, dès la promesse, un droit à la propriété de la chose, il a un droit réel éventuel. Cette théorie est généralement abandonnée aujourd'hui. Ses partisans (6) n'ont pas vu que la promesse était un contrat existant par lui-même, qu'il fallait distinguer très nettement de la vente. Prétendre que le promettant est obligé à transférer la propriété se heurte à deux objections capitales. Le promettant a promis de « dare », mais il n'est pas encore tenu, car, s'il l'était, son obligation serait sans cause. En effet, la contre-partie, l'obligation de payer le prix fait ici défaut, puisque l'acheteur ne s'est pas engagé à le verser, et c'est pour cette raison qu'il s'est fait consentir une promesse de vente et non une vente. D'autre part, le bénéficiaire de la promesse a accepté la promesse de vente en tant que telle. Le promettant a promis de consentir à la vente, mais celle-ci n'est

---

(5) PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 178. — JOSSERAND, T. II, n° 1072. — A. COLIN et CAPITANT, T. II, n° 514. — *Cas. Req.*, 26 nov. 1935. D.H., 1936-1.

(6) DEMOGUE : *Rev. Trim.*, p. 619. — MOURLON : *Transcription*, I, n° 39, p. 94. — COLMET DE SANTERRE, VII, p. 21 et 22. — HUC, T. X, nos 27 et s.

pas formée puisqu'il manque un de ses éléments essentiels : le consentement du bénéficiaire de la promesse et, pour décider que le promettant est tenu de vendre, il faut admettre que c'est sa seule déclaration de volonté qui l'oblige à transférer la propriété (7) ; or, la plupart des auteurs ne classent pas la déclaration de volonté unilatérale parmi les sources des obligations. Comme le disait DEMO-LOMBE, « on ne contracte pas seul ».

On peut considérer que la discussion à ce sujet est désormais close. De nos jours elle s'est déplacée : la question controversée entre les auteurs modernes est celle de savoir si le droit de créance résultant d'une promesse de vente est mobilier ou immobilier, lorsque l'objet de la vente est un immeuble.

Pour décider que le bénéficiaire d'une promesse de vendre un immeuble a un droit mobilier, il ne suffit pas de dire que la promesse ne crée qu'un simple droit de créance, car il existe des créances immobilières. En effet, on peut croire que l'auteur de la promesse n'est, dans tous les cas, tenu que d'une obligation de faire, se résolvant en cas d'inexécution, en dommages-intérêts. Le bénéficiaire de la promesse serait donc simplement créancier d'une obligation de faire ; or, les créances de ce genre sont des créances mobilières. Cependant, certains auteurs, notamment M. NAST (8), font remarquer que les créances étant des biens incorporels, « le critérium de la distinction entre celles qui sont mobilières et immobilières ne peut être trouvé que dans l'objet de la créance. Or, comme l'objet direct et immédiat d'une créance est toujours un fait de l'homme (puisque toute créance n'est qu'un droit personnel qui nécessite toujours pour son exécution l'intervention du débiteur, interposé entre la chose à obtenir et le créancier),

---

(7) LAURENT, T. XXIV, p. 16.

(8) Note au D. 1932-2-134, sous Aix, 27 avril 1931.

les auteurs ont été conduits, pour classer les créances en mobilières ou immobilières, à distinguer deux sortes de prestations. Si l'objet de la créance consiste en un fait matériel à accomplir par le débiteur (livraisons, travaux), la créance est toujours mobilière. Mais si son objet consiste en un fait juridique, en « la dation » d'un droit réel, la créance est immobilière, dès l'instant que le droit à transférer doit porter sur un immeuble ». M. NAST, il est vrai, arrive à la fin de sa discussion à reconnaître un droit réel au bénéficiaire de la promesse, alors qu'au début il était pour lui le titulaire d'un droit de créance. La Cour de Cassation a décidé le 26 novembre 1935 (9) que le droit résultant d'une promesse de vente est toujours mobilier (10) et cette solution est conforme à toute la tradition du droit français, selon laquelle les obligations de faire ou de ne pas faire sont mobilières, alors même que le fait ou l'abstention serait relatif à un immeuble, parce qu'elles ont pour objet le fait de l'homme plutôt que la chose elle-même (11). Même lorsque la réalisation de la créance a pour effet de mettre un immeuble dans le patrimoine du créancier, il est conforme au texte et à l'esprit de notre Code (art. 526) de le déclarer titulaire d'un droit mobilier. Il en est ainsi, par exemple, de l'engagement souscrit par un architecte envers le propriétaire d'un terrain de construire une maison sur ce terrain.

Ainsi, la nature du droit du bénéficiaire de la promesse est très nettement dégagée : il a un droit éventuel, per-

---

(9) D.H., 1936-1, Req. 20 janv. 1862, D. 1862-1-354.

(10) En ce sens : PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 178. — JOSSE-RAND, T. II, n° 1072. — A. COLIN et CAPITANT, II, n° 514.

En sens contraire : PLANIOL, RIPERT, T. VIII, par Nast, n° 221. — VIGIÉ, Droit civil, III, 81. — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, 335. — Dijon 11 mai 1933, D.H. 33, 403.

(11) PLANIOL, RIPERT, T. III, par Picard, n° 94. — JOSSE-RAND, T. I, nos 1362 et 1370.

sonnel, mobilier, et il convient maintenant de tirer les conséquences de ce triple caractère.

### § 3. — CONSÉQUENCES<sup>1</sup> DES CARACTÈRES RECONNUS AU DROIT DU BÉNÉFICIAIRE

Puisque le bénéficiaire a un droit, il peut, en principe, en disposer, le céder entre vifs, ou le transmettre à cause de mort. Ce caractère transmissible du droit sera étudié dans le paragraphe suivant. Le droit résultant d'une promesse de vente peut être mis en gage, il peut constituer un apport dans la constitution d'une société, car c'est une valeur déjà appréciable en argent. Seul, le débiteur peut réaliser la promesse de vente dont il est bénéficiaire, et ses créanciers ne peuvent pas lever l'option pour lui (12). En effet, aux termes de l'art. 1166, les créanciers peuvent diriger une poursuite contre un tiers en exerçant, sous forme d'action, un droit appartenant à leur débiteur. Mais il n'est pas permis aux créanciers de prendre aux lieu et place du débiteur une initiative quelconque relative à ses intérêts. Ils peuvent exercer un droit déjà acquis par le débiteur, mais ils ne peuvent pas conclure en son nom des actes juridiques et lui faire acquérir des droits entièrement nouveaux. Or, ici, il s'agit de créer de toutes pièces une situation nouvelle par un acte de volonté décisif, et non de développer seulement une situation juridique déjà existante.

Les conséquences du caractère éventuel du droit du bénéficiaire de la promesse se ramènent toutes à l'idée que la réalisation du contrat se produira sans rétroactivité (13). Un acte auquel manquent ses éléments essentiels ne ré-

---

(12) PLANIOL et RIPERT, Tome VII, par Esmein, n° 900. — HUC, T. X, n° 277.

(13) PLANIOL et RIPERT, Tome X, par Hamel, n° 181. — JOSSERAND, T. II, n° 1074. — A. COLIN et CAPITANT, T. II, n° 514.

troagit pas, car il n'a jamais pu produire effet avant l'époque où il a réuni tous ces éléments. D'autre part, la rétroactivité est essentiellement attachée aux droits conditionnels et, comme elle est une mesure exceptionnelle, susceptible de rejaillir contre les tiers, on ne peut pas l'étendre à d'autres droits. « Il faut donc établir une séparation complète entre les droits conditionnels et les droits éventuels, car la rétroactivité n'étant considérée que comme une conséquence de la perfection du contrat, il n'en saurait être question quand il s'agit d'un acte encore imparfait, d'un acte auquel il manque ses éléments essentiels » (14).

Le défaut de rétroactivité mis à part, au point de vue de la réglementation, on est conduit à reconnaître au bénéficiaire de la promesse « un droit sinon analogue, du moins identique, à un droit sous condition suspensive » (15).

Jusqu'à la levée de l'option, le promettant est dans une situation semblable à celle d'un débiteur conditionnel, et cette similitude de situation est bien marquée lorsqu'il s'agit d'une promesse tendant à la conclusion d'un contrat ayant pour but de transférer un droit réel. Jusqu'à la réalisation du contrat, il reste propriétaire et garde intacts les pouvoirs qui sont l'attribut de cette qualité (16). Il perçoit les fruits de la chose et fait valablement les actes d'administration nécessaires. A la différence du propriétaire sous condition, il faut lui reconnaître le pouvoir de faire des actes de disposition : car le bénéficiaire de la promesse, n'ayant pas un droit opposable aux tiers, ne pourra pas, en principe, les inquiéter puisqu'ils tiennent leur situation du « verus dominus », il aura seulement un recours en dommages-intérêts contre le promettant pour violation du contrat de promesse. Aussi, le bénéficiaire agira-t-il prudemment, en se faisant constituer sur l'immeuble une

---

(14) (15) DEMOGUE: *Rev. Trim.*, 1906, art. cit.

(16) Cour de Paris, 7 nov. 1931, D.H. 1932, p. 45. — PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 178. — A. COLIN et CAPITANT, loc. cit., n° 514.

hypothèque qu'il inscrira aussitôt, de façon à ne pas être réduit à son recours contre le promettant (17). Le bail consenti par celui-ci sur l'immeuble, objet de la promesse de vente, sera opposable au bénéficiaire.

La promesse de vente n'a pas à être inscrite au cahier des charges de la vente sur saisie, puisque vis-à-vis de l'adjudicataire elle est, en principe, sans effet (18). Aucun droit réel n'étant transféré immédiatement, le droit de mutation immobilière n'est pas dû et un simple droit fixe est perçu. Si le bénéficiaire renonce à cette promesse, cette renonciation a seulement un effet libératoire au profit du promettant et n'entraîne que le droit proportionnel de libération, sans aucun droit de mutation. La promesse de vente ne peut pas être transcrite, car il n'y a aucune mutation de propriété (cette importante question sera examinée ultérieurement). Le droit né de l'avant-contrat étant personnel, et non réel, un créancier qui a une hypothèque conventionnelle sur biens à venir ne peut prendre inscription sur l'immeuble, sur lequel le débiteur a un droit éventuel (19).

Si le bénéficiaire de la promesse de vente cède le bénéfice de sa promesse, il n'a pas le privilège du vendeur d'immeubles.

Les risques restent à la charge du propriétaire, car le bénéficiaire de l'option ne la lèvera pas, sauf cas exceptionnels, si la chose vient à périr ou à être détériorée. Ceci est vrai, non seulement pour la promesse de vente, mais aussi pour la promesse d'achat et la promesse de prêt de consommation. Le bénéficiaire d'une promesse d'achat ne peut lever l'option lorsque la chose a péri, parce qu'il devient incapable de remplir les obligations qui naîtront pour lui du contrat. Lorsqu'on a promis de prêter un corps

---

(17) DEMOGUE, *loc. cit.*, T. II, p. 93. — PLANIOL, RIPERT, HAMEL, t. X, n° 179.

(18) Nancy, 2 mars 1889, S. 90-2-127. Paris, 30 mars 1933. S. 1934-2-193.

(19) DEMOGUE, *loc. cit.*, T. II, p. 102.

certain et déterminé, les risques ne passent à l'emprunteur qu'à partir de la tradition. Avant que celle-ci ait été effectuée, il n'y a pas encore prêt et si la chose périt, elle périt pour le propriétaire (20).

La renonciation au bénéfice de la promesse ne suppose pas la capacité ou le pouvoir de renoncer à un droit réel immobilier. Ainsi il a été jugé (21) qu'un tuteur pouvait renoncer sans formalité au bénéfice d'une promesse de vente portant sur un immeuble, échue au mineur par succession.

La jurisprudence applique constamment le principe, selon lequel le bénéficiaire d'une promesse de contrat est titulaire d'un droit éventuel personnel et, tous les jours elle en déduit des conséquences nouvelles. Il est donc impossible d'en donner une énumération complète.

Le caractère mobilier, sur lequel la Cour de Cassation s'est prononcé pour la première fois le 26 novembre 1935 (22) entraîne une conséquence importante : Quand une personne bénéficiaire d'une promesse de vente se marie, le bénéfice de cette promesse tombe en communauté lorsqu'il n'y a pas de contrat de mariage. De là, il résulte que le mari seul pourra, pendant la communauté, exiger la réalisation de la promesse, puisqu'il a seul la gestion de la communauté et qualité pour acquérir en son nom, et il en sera ainsi même dans le cas où la promesse aura été apportée par la femme. A la dissolution de la communauté, si la promesse n'a pas été réalisée, le droit de créance qui en résulte, étant un bien commun, devra être assujetti aux règles de la liquidation de la communauté.

---

(20) PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 151. — *Id.*, T. X, par Hamel, n° 178. — GUILLOUARD : Le prêt à usage, n° 9.

(21) Req., 20 janvier 1862, D.P. 1862-1-34.

(22) D.H. 1936-1. En sens contraire : PLANIOL, RIPERT, T. VIII, par Nast, n° 221. Note NAST au D. 1932-1-134.

§ 4. — TRANSMISSIBILITÉ DU DROIT DU BÉNÉFICIAIRE

Le bénéficiaire de la promesse a la faculté de disposer de son droit, de le céder à des tiers, car tout ce qui est dans le commerce est cessible, et pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faut une prohibition spéciale (23).

Cependant, certains auteurs et même quelques arrêts (24) ont prétendu que la promesse de contrat n'était pas cessible, parce qu'elle était consentie en considération de la personne du bénéficiaire et que, d'autre part, la solution contraire se heurtait au principe de l'incessibilité des dettes entre vifs. Cette opinion est aujourd'hui complètement abandonnée. Le droit du bénéficiaire de la promesse est naturellement cessible. Pour qu'il en soit autrement, il faut que les parties l'aient nettement déclaré, aient stipulé expressément que la promesse est consentie « *intuitu personae* ». Cependant la nature même du contrat à conclure peut s'opposer à cette cessibilité, parce que la personne des parties est prise nécessairement en considération. Ainsi, la société de personnes exige pour sa formation un élément personnel caractérisé qui s'appelle l'« *affectio societatis* ». Il faut décider, sauf clause spéciale contraire, que le bénéficiaire d'une promesse de société ne peut pas céder son droit à un tiers ou le transmettre à ses héritiers (25). Si l'on décidait le contraire, le promettant serait exposé à se trouver en face d'un ayant droit qu'il ne connaîtrait pas, dans lequel il pourrait n'avoir aucune confiance, qui n'aurait peut-être pas les mêmes connaissances, les mêmes aptitudes, le même crédit. Il est admis, d'une façon générale,

---

(23) Henri LALOU: Des promesses unilatérales de vente d'immeubles: cession active et cession passive au D.H. 1928. — LEDUC, thèse citée, p. 102. Répertoire pratique Dalloz: « Transport-Cession », n° 40.

(24) Cour d'Aix, 21 déc. 1863. S. 64, II, 253.

(25) Note PIC au D.P., 1934-2-129. — MATULESCO, th. cit., p. 80.

que le bénéficiaire d'un pacte de préférence n'a pas le droit de transmettre son droit à des tiers (26). Bien qu'on ait soutenu quelquefois que le bail était consenti « intuitu personae », il faut décider que la promesse de bail est cessible (27). Elle peut être cédée, soit par le futur preneur, soit par le propriétaire à l'acquéreur de l'immeuble. La question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'une promesse de prêt, car elle a pu être consentie par le promettant en raison de la confiance qu'il avait dans la solvabilité du bénéficiaire, le futur emprunteur ; cependant on reconnaît de nos jours, conformément au principe général de la cessibilité, que le crédit dans l'ouverture de crédit a le droit de subroger un tiers dans la promesse (28).

Dans tous les cas où la personne des parties est indifférente, et c'est la règle générale, les contractants peuvent valablement céder leurs droits à des tiers.

Le bénéficiaire de la promesse peut disposer de son droit dans toute la mesure où il existe. Par cette cession il confèrera au cessionnaire le droit de lever l'option, d'exiger du promettant l'exécution de sa promesse. Mais le bénéficiaire reste tenu de toutes les obligations que la conclusion du contrat définitif fera naître à la charge du cessionnaire (29). Il en est ainsi parce que, dans notre droit, la transmissibilité des dettes à titre particulier n'est pas admise, la substitution du débiteur n'est pas possible sans l'agrément du créancier. Le bénéficiaire peut bien céder la partie active de son droit, mais il ne peut transmettre au cessionnaire les conséquences passives de ce droit. C'est

---

(26) PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 184, art. 514 du Code allemand.

(27) HUG, loc. cit. T. X, n° 277. — Sur le caractère personnel du bail. Voir Lyon, 16 mai 1928, D.P., 1928-2-97.

(28) PLANIOL et RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 150. — LEDUC, thèse citée, p. 107.

(29) LEDUC, thèse citée, p. 103. — DEMOGUE, loc. cit., p. 88. — PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 178.

une situation analogue à celle qui se produit au cas de sous-location ou de cession de bail : le locataire peut sous-louer ou céder son droit au bail, mais il reste tenu de toutes les obligations qui naissent du bail, notamment du paiement du loyer ou fermage, il assume la responsabilité de tous les manquements. Il en est de même au cas de promesse de contrat : le bénéficiaire peut exiger que le promettant verse à son cessionnaire la chose promise en prêt, lui remette la chose promise en gage, le laisse occuper les lieux promis à bail, lui transfère la propriété du bien, objet de la promesse de vente ; mais si le prêt ou le gage ne sont pas restitués, si le montant des loyers n'est pas exactement versé, si le prix de la vente n'est pas intégralement payé, le promettant conservera son recours contre le bénéficiaire.

Cette solution a été consacrée, pour la première fois, par un arrêt de la Cour de Cassation du 31 janvier 1866 (30), ainsi motivé : la cession de la promesse ne saurait, en aucun cas, nuire au souscripteur de la promesse « parce que le cédant, quelles que soient les stipulations intervenues entre lui et son cessionnaire, n'en est pas moins obligé directement envers l'auteur de la promesse ».

C'est donc le bénéficiaire qui reste débiteur, il ne peut pas obliger le promettant à recourir d'abord contre le cessionnaire. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le promettant ait déchargé le bénéficiaire de toutes ses obligations, en acceptant expressément le cessionnaire. Mais, dans ce cas, c'est une nouvelle promesse qui est consentie par le promettant, et la cession par le bénéficiaire primitif s'analyse alors en une renonciation au droit qui résultait pour lui de la promesse. Le promettant peut dans certains cas consentir à ce que le bénéficiaire demeure simplement caution, pour l'exécution des obligations aux-

---

(30) S. 1866-1-52.

quelles il aura lui-même droit par la conclusion du contrat définitif.

Comment s'opère cette cession ? Entre les parties, la question ne fait pas de difficultés. Il y a là un contrat consensuel qui n'exige aucune forme. La cession est parfaite dès qu'il y a consentement du cédant et du cessionnaire sur la chose et sur le prix (31). En conséquence, lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente adjointe à un bail, il est permis de se demander si la sous-location ou la cession du bail entraîne la cession de la promesse (32). La solution doit être recherchée dans l'intention des parties qu'il est quelquefois bien difficile de déterminer. D'une façon générale, il faut décider que la cession de la promesse ne sera réalisée que si les parties l'ont expressément stipulé. En effet, le bail et la promesse de vente sont considérés, par la jurisprudence, comme deux actes distincts, et la Cour de cassation se refuse à en faire un acte complexe. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il résulte, non seulement des termes employés par les contractants, mais aussi du but qu'ils poursuivaient, que la promesse était essentiellement consentie pour parfaire les effets du bail et assurer au locataire, quel qu'il soit, la possibilité d'acquérir la propriété des lieux loués parce qu'il y avait un énorme intérêt. C'est ce qui se produit, par exemple, lorsqu'il s'agit de la vente d'un fonds de commerce. Le commerçant, qui cède son droit au bail, cède par là-même son droit d'option, parce que cette cession aura le plus souvent sa répercussion sur le prix de vente du tout, celui-ci étant fixé en considération des avantages concédés.

Pour que la cession du bénéfice de la promesse soit opposable aux tiers, et en particulier au promettant, il faut accomplir les formalités de l'art. 1690, puisqu'on a décidé

---

(31) PLANIOL et RIPERT, T. VII, par Esmein, n° 1116.

(32) THIRION, th. cit., p. 148. Civ. 13 nov. 1929. D. 1929-1-131.

que le bénéficiaire était titulaire d'un droit de créance. Donc il faudra signifier la cession au promettant ou obtenir son acceptation dans un acte authentique. On a quelquefois soutenu que la cession d'une promesse de vente portant sur un immeuble devait être transcrite, et non signifiée ou acceptée, mais cette opinion n'a pas résisté à l'examen : la promesse de vente ne peut pas être transcrite, car elle ne réalise aucun transfert de propriété, et il ne peut pas en être autrement de la cession de cette promesse : cette question sera étudiée dans le paragraphe suivant.

D'ailleurs, la jurisprudence s'est efforcée, et AUBRY et RAU n'ont pas été étrangers à cette tendance, de restreindre le formalisme de la loi (33). Lorsque le débiteur sait, en fait, que la cession a eu lieu, la jurisprudence décide qu'il ne peut pas la prétendre inopposable à son égard. La Cour de cassation a décidé, le 4 mars 1931 (34), que le cessionnaire d'une promesse de vente n'était pas irrecevable à réclamer du promettant l'exécution de son obligation, alors même qu'il n'avait pas accompli les formalités de l'art. 1690. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que « l'exécution ne soit susceptible de faire grief à aucun droit advenu depuis la naissance de la créance, soit audit débiteur cédé, soit à une autre personne étrangère à la cession » et, par cette formule, la Cour de Cassation vise le cas où l'obligation du promettant est éteinte et le cas où « une notification émanée d'autres personnes » est venue révéler au promettant un droit en conflit avec celui qui appartient au demandeur en exécution.

La cession d'une promesse de vente est très fréquente en pratique, car elle permet de céder un droit à la propriété, sans payer de droit de mutation. Il y a là une cession de

---

(33) PLANIOL, RIPERT, T. VII, par Esmein, n° 1112.

(34) D.H., 1931, 267. D.P., 1933-1-73.

créance mobilière, et la Cour de cassation admet que seul un droit fixe doit être perçu. C'est seulement lorsque la promesse sera réalisée que le droit de mutation sera dû. L'administration soutient que ce droit doit être calculé sur le prix de l'immeuble, augmenté du prix de la cession, parce que, dit-elle, il fait partie du prix payé par l'acheteur. Cette prétention repose sur une confusion entre les deux opérations, vente et cession, de l'option (35).

La transmission à cause de mort du bénéfice de la promesse ne soulève aucune difficulté, car les créances et les dettes sont également transmissibles par décès et elles obéissent aux mêmes règles. Le promettant sera tenu envers les héritiers du bénéficiaire de la même façon qu'il était tenu envers leur auteur, exception faite des cas spéciaux où la promesse était consentie « *intuitu personae* » et comme telle destinée à s'éteindre par la mort des parties.

Le changement dans la personne du promettant ne peut se produire qu'au cas de décès de celui-ci. Son obligation passe alors à ses héritiers. Mais, toute cession de dette entre vifs est impossible, et la convention par laquelle le promettant chercherait à se substituer un tiers dans le paiement de sa dette est vis-à-vis du bénéficiaire « *res inter alias acta* », et par suite inefficace dans les rapports du créancier et du débiteur. La clause selon laquelle le promettant en vendant le bien, objet de la promesse, stipule que l'acheteur « fera son affaire de la promesse », constitue une stipulation pour autrui, dont le bénéficiaire, ici l'acheteur éventuel, est libre de ne pas se prévaloir (36).

---

(35) PLANIOL, RIPERT, tome X, n° 178. Rep. Général pratique du Notariat. Art. 22.558, n° 10.

(36) Riom, 20 déc. 1927. D.P., 1929-2-159 et la note. Note BOURCART au S. 1906-2-241. — LEDUC, th. cit. p 95.

§ 5. — PROTECTION DU DROIT CRÉÉ

Le bénéficiaire de la promesse ayant un droit de créance figurant dans son patrimoine, lui est-il permis de prendre des mesures destinées à en assurer la conservation, l'efficacité ? Peut-il s'opposer à tout ce qui risque d'en compromettre les effets ?

L'art. 1180 Code civil reconnaît au créancier, sous condition suspensive, la faculté d'exercer tous les actes conservatoires de son droit. M. DEMOGUE estime que cette disposition doit être étendue au créancier éventuel : « Du moment qu'une personne a un certain droit, fut-il éventuel, il doit lui être permis de faire les actes nécessaires pour l'empêcher de dépérir ; car autant vaudrait dire que l'on n'a pas de droit du tout » (37).

Il est vrai, en effet, qu'il y a une certaine analogie entre les droits conditionnels et les droits éventuels : les uns et les autres sont en état de devenir, en attendant leur réalisation intégrale ; mais ils sont cependant profondément différents dans leur nature, et, pour savoir si l'opinion de M. DEMOGUE doit être adoptée, il faut déterminer ce que l'on entend par actes conservatoires. C'est un terme assez imprécis et dont on ne peut donner qu'une définition générale. On entend par là les actes nécessaires à la sauvegarde d'un droit : ils assurent, pour l'avenir, le droit qui en est l'objet dans le patrimoine pour le compte duquel on y recourt ; ils empêchent le droit de s'éteindre, ou bien ils le fortifient, en assurant la preuve et la mise en mouvement, le rendent opposable aux tiers. Au sens large (38), les actes conservatoires, tout en réservant les droits du débiteur, peuvent lui causer un grave préjudice : ainsi la collocation éventuelle dans une procédure d'ordre enlève

---

(37) *Rev. Trim.*, année 1906, art. cit.

(38) PLANIOL, RIPERT, T. I, par Savatier, n° 273.

au débiteur, pour une période indéterminée, la jouissance de certains biens et rendre pour ainsi dire indisponible une partie de son patrimoine.

Le créancier conditionnel doit pouvoir s'opposer à tout ce qui tend à faire disparaître son droit, car celui-ci dépend d'un événement extérieur ou qu'il n'est pas en son pouvoir exclusif de faire arriver. Il n'en est pas de même du titulaire d'un droit éventuel résultant d'une promesse de contrat et M. LEDUC marque ainsi cette différence : « Le créancier éventuel est à la fois créancier et débiteur à terme, terme établi dans son intérêt et dont la réalisation même et l'époque de réalisation dépendent de sa seule volonté. Qu'il renonce à ce terme, dont seul il bénéficie, qu'il demande à conclure le contrat définitif et tous les dangers auxquels il est exposé disparaîtront, il pourra par conséquent, non plus seulement exercer les actes conservatoires de ses droits, mais agir en exécution immédiate des prestations qui lui sont dues » (39). Puisqu'il dépend uniquement du bénéficiaire de la promesse, conclut LEDUC, de parer à tous les risques qu'il peut courir, il n'y a aucune raison de lui permettre d'effectuer des actes qui peuvent causer un préjudice au débiteur. Il préconise la solution contraire à celle soutenue par DEMOGUE, et à ce point de vue il établit une très grande différence entre le créancier conditionnel et le créancier éventuel. C'est là un reflet de l'opinion ancienne selon laquelle les mesures conservatoires ne seraient possibles qu'autant que le créancier justifierait d'un droit déjà né et actuel dont l'exécution seule serait temporairement suspendue. Cette conception surannée est aujourd'hui battue en brèche : il est admis couramment que la seule éventualité d'un droit à acquérir suffit pour autoriser le créancier à prendre des mesures conservatoires. Cependant, la théorie de LEDUC renferme

---

(39) Thèse citée, p. 97.

une part de vérité : il ne faut pas accorder au créancier éventuel des pouvoirs aussi étendus que ceux qui sont attribués au créancier conditionnel. Il faut faire une distinction selon les inconvénients que présentent pour le débiteur les différents actes conservatoires, et ne permettre au créancier éventuel que l'exercice de ceux qui ne causent pas un grave préjudice au débiteur. A la nécessité de la protection des droits en formation, il est permis d'opposer, avec une certaine force, le désir légitime du débiteur de n'être pas troublé tant que sa dette n'est pas encore née. Il faut encore ajouter qu'il est impossible de faire une distinction entre les actes conservatoires, distinction qui s'appliquerait uniformément à tous les bénéficiaires de promesse de contrat : les uns leur étant absolument interdits, les autres leur étant ouverts très largement. En effet, certains bénéficiaires de promesse de contrat peuvent avoir obtenu leur situation privilégiée en consentant eux-mêmes des sacrifices. Il n'est pas rare que celui qui promet de contracter et qui aliène ainsi une partie de sa liberté ne le fasse qu'en contre-partie d'un avantage qui lui est concédé. Il sera donc normal de reconnaître au créancier éventuel, à titre onéreux si l'on peut dire, puisqu'il a lui-même contracté des engagements, plus de pouvoirs qu'aux créanciers éventuels à titre gratuit. La question des actes conservatoires doit, par conséquent, être résolue selon les circonstances, car il faut prendre en considération non seulement la gravité de l'acte, mais aussi la personne du titulaire du droit éventuel.

Parmi les actes conservatoires on place, au premier rang, les mesures de publicité destinées à avertir les tiers de l'existence d'un droit susceptible de rejaillir contre eux et à les protéger ainsi contre toutes surprises.

Le cessionnaire du bénéfice d'une promesse de contrat peut et doit accomplir les formalités de l'art. 1690, s'il veut se prémunir contre toutes fraudes.

La transcription est permise au propriétaire sous condition mais il faut refuser au bénéficiaire d'une promesse de vente immobilière la faculté d'y procéder, non pas parce que son droit n'est pas actuel, ce qui est inexact, mais parce qu'il est insusceptible d'être transcrit (40). En effet, le bénéficiaire est titulaire d'un droit de créance et les droits de créance n'étant pas, en principe, opposables aux tiers, la loi ne les soumet à aucune publicité, car elle serait inutile. Cependant, des textes spéciaux existent, qui organisent la publicité de certains droits personnels, par exemple, les baux de plus de 18 ans : mais ils ne peuvent pas être étendus à des hypothèses non prévues.

Cette solution a été vivement critiquée par de nombreux auteurs, car elle est de nature à peser lourdement sur l'efficacité de la promesse de vente. Le tiers qui a acquis l'immeuble en contravention de la promesse ne pourra pas être inquiété par le bénéficiaire, puisque, en principe, on ne peut lui reprocher aucune faute. Le bénéficiaire aura seulement un recours en dommages-intérêts contre le promettant, et, comme le fait remarquer M. DEMOGUE, c'est là une solution quelquefois insuffisante : « Quand une personne a obtenu une promesse de contrat, souvent il est très utile que celle-ci soit exécutée en nature contre le tiers et ne donne pas lieu simplement à une indemnité. Si un propriétaire croit qu'il aura besoin du terrain voisin pour s'agrandir, et s'il obtient une promesse de vente, il lui est utile de pouvoir reprendre le terrain à un tiers acheteur, au lieu d'obtenir de son vendeur une indemnité » (41). Certaines législations, en particulier le code fédéral des obligations (art. 683), ont institué une promesse de vente d'immeuble opposable aux tiers : l'art. 683 établit une protection sérieuse du bénéficiaire de la promesse, en décidant qu'il

---

(40) Note PERCEAU au D.P. 1909-1-425. — LALOU, D.H. 1928. Ch. cit. Le pacte de préférence, D.H. 1929, Chr 43.

(41) Traité des obligations en général. Tome II, n° 527.

acquiert un droit réel par une annotation au Registre foncier, droit réel opposable aux tiers pour le temps fixé par l'annotation et au maximum pour dix ans. L'article 883 du Code civil allemand consacre une solution analogue.

En France un pareil texte faisant défaut, on ne peut décider que le droit du bénéficiaire de la promesse sera opposable aux tiers après la transcription, et si, en fait, elle est effectuée, elle n'a aucune efficacité : on ne peut pas reprocher aux tiers de n'avoir pas connu une publicité qu'ils n'avaient pas à connaître. Evidemment, lorsqu'une promesse de vente immobilière est présentée à la transcription, le conservateur ne pourra pas se faire juge de sa validité et le droit fiscal sera dû, mais cette attitude du conservateur et du fisc ne peut pas donner effet à une formalité irrégulière. Elle est une source de frais inutiles pour l'acheteur, car si la vente est réalisée ultérieurement, il paiera un deuxième droit de transcription, parce que l'Administration a toujours admis qu'un droit régulièrement perçu sur un acte qui n'y est pas soumis, mais qui a été présenté bénévolement, ne peut être répété (42). Puisque la promesse de vente n'est pas susceptible d'être transcrite, le décret-loi du 30 octobre 1935, relatif à la transcription, n'a aucune incidence sur cette matière. Elle échappe donc à l'obligation de l'authenticité ou du dépôt au rang des minutes d'un notaire.

Le bénéficiaire a un moyen pour se protéger contre le danger résultant de la violation de la promesse : c'est de se faire constituer une hypothèque sur l'immeuble, objet du contrat, afin de garantir les dommages-intérêts éventuellement dus pour inexécution de la promesse (43).

Par analogie, il faut décider que le droit résultant d'une promesse d'hypothèque, constatée par acte sous-seing pri-

---

(42) DESCHAMPS: La promesse de contrat, p. 96.

(43) LALOU, D.H. 1928, Chr. cit.

vé, ne peut pas être inscrit, et si l'inscription a lieu, elle est sans effet. Les articles 967 et ss. du Code portugais permettent d'inscrire provisoirement les hypothèques : lorsque l'inscription définitive est prise dans l'année, elle a un effet rétroactif et conserve le rang qu'elle avait comme provisoire.

Certaines actions ayant pour but de permettre au créancier de faire reconnaître son titre en justice, constituent des actes conservatoires. Peuvent-elles être exercées par un créancier éventuel ?

Pour se réserver la preuve indiscutable de son droit, le titulaire peut exercer, avant toute contestation et toute violation, une action en justice dite « enquête à futur ». On sait à quelles difficultés on se heurte lorsqu'il s'agit de fixer dans ce domaine, la limite des demandes qu'il faut autoriser et de celles qu'on ne doit pas admettre. D'une façon générale, on décide qu'il faut permettre les demandes de ce genre lorsqu'elles s'appuient sur des motifs particuliers et sérieux. Il faut un intérêt de sécurité chez celui qui agit, or, le promettant, conservant beaucoup de pouvoirs, beaucoup de droits malgré sa promesse, est tenté de la violer constamment. Si on ne peut empêcher les contraventions à la promesse, il faut, tout au moins, reconnaître à celui qui en supportera le préjudice le droit d'en obtenir réparation et, pour qu'il en soit ainsi, il faut lui donner le moyen de faire la preuve de son droit. Or, un laps de temps considérable peut s'écouler entre le jour de la promesse et le jour où a lieu la demande en réparation, et il faut permettre au bénéficiaire d'établir immédiatement la preuve de son droit, d'autant plus qu'étant créancier, il peut mettre le tribunal à même de connaître l'utilité de sa demande. Il pourra donc agir, non seulement en vérification d'écriture, mais aussi pour prévenir toute espèce

de contestation et dans toute la mesure où l'on admet la validité des enquêtes à futur (41).

On refuse, par contre, au créancier éventuel le droit de procéder à une saisie-arrêt entre les mains du débiteur du promettant. La saisie-arrêt suppose une créance dont l'existence est certaine et les créanciers à terme et conditionnels ne pouvant pas y procéder, on ne doit pas reconnaître ce droit aux créanciers éventuels. Il est donc inutile de faire une distinction selon laquelle il faudrait permettre l'opposition, parce qu'elle est un acte purement conservatoire, et n'autoriser le jugement de validité qu'à partir de l'époque où le droit est devenu pur et simple.

« Les actes interdits au créancier sous condition, dit M. DEMOGUE (45), le sont, à plus forte raison, au créancier éventuel » et, en conséquence, on ne peut pas lui accorder le droit d'exercer l'action oblique et l'action paulienne (46).

On a déjà indiqué qu'à la différence du créancier conditionnel on doit refuser au titulaire d'une promesse de contrat le droit de produire à un ordre ou à une distribution par contribution.

Les mesures conservatoires comprennent non seulement des actes de conservation juridique, mais aussi des actes de conservation matérielle de la chose ou de sa valeur. Il convient de refuser au bénéficiaire de la promesse le droit d'effectuer ces derniers, car il n'a aucun droit sur la chose qui sera l'objet du futur contrat. Il est titulaire d'un droit de créance par lequel il peut obliger le promettant à donner son consentement pour la conclusion d'un contrat, mais celui-ci reste propriétaire, et il

---

(14) LEDUC, th. cit. p. 96 et ss. — JAPIOT, traité élémentaire de procédure civile et commerciale, n° 68.

(45) *Rev. Trimestrielle*, année 1906, art. cit.

(46) PLANIOL et RIPERT, T. VII, par Esmein, n° 912 et 955.

doit pouvoir jouir de sa chose comme il l'entend, sinon ce serait porter gravement atteinte à sa liberté (47).

Par l'étendue des pouvoirs qu'il conserve, le promettant est en mesure d'agir fortement sur la volonté du bénéficiaire de la promesse et de l'amener à lever l'option dans un bref délai. Evidemment, si par son fait le débiteur du contrat a rendu impossible la conclusion de celui-ci, il sera passible de dommages et intérêts; mais l'indemnité qui sera allouée au bénéficiaire de la promesse ne lui procurera certainement pas les avantages qui devaient résulter pour lui du contrat définitif: celui qui s'est fait consentir une promesse de vente avait en vue l'acquisition de l'immeuble, et non pas le paiement d'une indemnité. Une lourde menace pèse sur le droit du bénéficiaire de la promesse, et, pour être assuré d'atteindre son but, il devra tarder le moins possible à en demander la réalisation.

---

(47) LEDUC, thèse citée, p. 94. — MATULESCO, thèse citée, p. 79 et ss.



## CHAPITRE II

### REALISATION DE LA PROMESSE DE CONTRAT

---

Le bénéficiaire de la promesse est absolument libre d'en demander la réalisation. S'il ne le fait pas, la partie qui était obligée n'a aucun recours contre lui, puisque la promesse s'analyse en un pouvoir donné à un individu de créer à son gré une situation de droit. L'acte par lequel il demande la conclusion du contrat est appelé la *levée de l'option* et comme, malgré tout, il y a toujours une certaine unité dans les états d'esprit successifs d'un même individu, on peut dire que le contrat définitif sera l'aboutissement normal de la promesse.

Après avoir examiné la forme et la capacité nécessaire pour lever l'option, il conviendra d'en étudier les effets, et surtout d'examiner les difficultés qui se produisent lorsque le promettant refuse de tenir sa promesse ou lorsqu'il y a contrevenu.

§ 1. — FORMES DE LA LEVÉE DE L'OPTION. CAPACITÉ REQUISE

Le bénéficiaire de la promesse peut manifester clairement et expressément sa volonté de conclure le contrat; mais cette volonté peut encore résulter des circonstances ou de la façon dont il agit (1).

La levée de l'option est expresse et directe lorsque le bénéficiaire s'adresse au promettant et lui fait connaître sa décision. Elle est tacite lorsqu'elle résulte d'un acte que le bénéficiaire ne pourrait pas accomplir, s'il n'avait pas conclu le contrat. Il a été jugé que celui qui présentait la promesse de prorogation de bail à l'Enregistrement manifestait par là son intention de l'utiliser. La volonté de transformer une promesse de vente en vente résulte implicitement de la vente consentie par le bénéficiaire à un tiers, ou, dans certains cas, de la jouissance abusive des lieux loués, lorsque la promesse de vente est adjointe à un bail (2). La levée de l'option est une question de fait qu'il appartient aux juges du fonds de trancher souverainement lorsqu'il peut y avoir doute sur l'intention du bénéficiaire de la promesse. Ainsi, on a décidé qu'on ne peut pas déduire de la transcription d'une promesse de vente l'intention d'acquérir chez celui qui y procède, parce que l'acheteur éventuel qui a transcrit a peut-être agi dans un but différent: il a cru satisfaire à une exigence fiscale ou avertir les tiers de l'indisponibilité partielle qui atteignait l'immeuble (3).

Pour être efficace, la levée de l'option doit avoir lieu de la manière prévue dans le contrat. En principe, elle doit être pure et simple (4). Celui qui lèverait l'option avec

---

(1) DEMOGUE, loc. cit., II, p. 89.

(2) THIRION, th. cit., p. 137. — Cas. Req., 12 déc. 1898. S. 99-1-87.

(3) Civ. 26 mai 1908. D. 1909-1-425, note PERCEROU.

(4) Civ. 8 nov. 1933. S. 1934-1-28.

des réserves ou des modalités non comprises dans la promesse ne réaliserait pas l'accord des volontés nécessaire à la conclusion du contrat définitif. Pour que celui-ci existe, la promesse doit être acceptée en bloc et sans modification. D'ailleurs, le fait de contre-propositions de la part du bénéficiaire ne doit pas être interprété comme une renonciation à la promesse: on peut considérer qu'il indique par là que le contrat l'intéresse et qu'il entend user éventuellement de la faculté d'option qui lui a été donnée. Quelquefois, la réalisation de la promesse est subordonnée à une condition: il ne suffit pas alors de l'accepter pour que la levée de l'option soit efficace, il faut encore que la condition soit remplie. Souvent, la réalisation de la promesse de vente est subordonnée au paiement de tout ou partie du prix; si celui-ci n'est pas versé, la levée de l'option ne produit aucun effet (5).

Le bénéficiaire qui utilise la promesse accepte une offre de contracter, il se déclare prêt à conclure le contrat. Une pareille déclaration pour être valable doit émaner d'une personne capable. Pour réaliser une promesse de vente, d'achat, de prêt, etc..., il faut avoir la capacité de vendre, d'acheter, d'emprunter. Le mandataire, chargé de lever l'option, doit agir en vertu d'un mandat valable et régulier (6).

D'ailleurs, la capacité n'est pas exigée chez le promettant au moment de la levée de l'option, et c'est là une conséquence de la valeur juridique propre de la promesse. Cependant, les modifications survenues dans les personnes des parties sont quelquefois de nature à influencer sur la validité de la promesse: ce point sera étudié dans le dernier chapitre.

---

(5) Paris 29 mai 1929. Gaz. Pal., 23 juillet 1929. Trib. civ. de la Seine, 9 février 1932, D.H. 1932, 213.

(6) Cas. civ., 18 av. 1934. S. 1934-1-230.

§ 2. — EFFETS DE LA LEVÉE DE L'OPTION

Dans l'hypothèse normale où le promettant ne soulève pas de difficultés, lorsque le bénéficiaire lève l'option le contrat est conclu immédiatement. La promesse de contrat s'analyse en une offre irrévocable ; lorsque le destinataire a adhéré à cette offre, tous les consentements nécessaires à la formation du contrat sont réunis, le lien de droit est formé. Ainsi, dès que le bénéficiaire de la promesse a manifesté sa volonté de conclure le contrat, celui-ci est formé et le bénéficiaire ne peut plus renoncer à sa demande de réalisation, car il a accompli un acte définitif sur lequel il ne peut pas revenir (7). La levée de l'option agit à la façon d'un déclic, mais cela n'est vrai que pour les contrats consensuels. Pour les contrats réels ou les contrats solennels, la promesse deviendra contrat seulement du jour où la livraison aura été effectuée, où les solennités auront été accomplies.

Quoiqu'il en soit, le contrat ne produira ses effets que lorsque tous ses éléments essentiels auront été réunis, et dans le chapitre précédent on a suffisamment insisté sur les raisons pour lesquelles le contrat est conclu sans rétroactivité, pour ne pas avoir à y revenir. Nous nous bornons à noter ici quelques-unes des conséquences que nous n'aurions pas l'occasion de signaler ultérieurement.

C'est au moment de la réalisation de la promesse que sont dus les droits d'enregistrement qui sont perçus à l'occasion des actes juridiques et ce sont les tarifs alors en vigueur qui sont appliqués.

Dès qu'il a levé l'option, le bénéficiaire d'une promesse de société acquiert un droit sur les bénéfices dans la proportion prévue par le contrat et à défaut par la loi. La

---

(7) Cour de Paris, 12 nov. 1928. D.H., 1929, p. 42.

publicité exigée par les lois commerciales doit être effectuée immédiatement.

Lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente, le transfert de la propriété s'opère au jour de la réalisation de la promesse (8), les droits de mutation deviennent exigibles, la transcription est possible et doit être effectuée pour rendre la vente opposable aux tiers; conformément au décret-loi du 30 octobre 1935 sur la transcription immobilière, l'acte d'option, ayant un caractère translatif, devra être authentique ou déposé au rang des minutes d'un notaire. Le bénéficiaire acquiert la chose dans l'état où elle se trouve et les risques passent immédiatement à sa charge. Si la promesse de vente était une libéralité déguisée, cette libéralité est réputée faite au jour de la levée de l'option et c'est à ce moment qu'il faut se placer pour apprécier sa validité (9). A partir du jour où il a accepté la promesse, l'acheteur est devenu propriétaire, et les loyers qu'il a payés à titre de locataire, après cette date doivent lui être restitués. Puisque le droit du bénéficiaire ne remonte pas dans le passé, au cas de marché à double prime ou de marché avec faculté, il n'a aucun droit sur les coupons échus avant la liquidation, lorsque l'opération porte sur des valeurs mobilières (10). L'immeuble acquis par un époux commun en biens tombe dans la communauté, car l'art. 1404 ne s'applique que dans les cas où le bien est acquis en vertu d'un titre antérieur au mariage et ayant effet rétroactif: or, ici, la promesse de vente peut bien être antérieure au mariage; mais elle n'a pas d'effet rétroactif (11). Le vendeur n'étant responsable que des vices ca-

---

(8) Cas. civ. 17 juillet 1930. D. 1932-1-112. — A. COLIN et CAPITANT, II, n° 514.

(9) PLANIOL, RIPERT, T. V, par Trasbot, p. 145, n° 1.

(10) A. LECONTE: *Rev. Trim.* 1931, art. cit., p. 570.

(11) En ce sens: DEMOGUE, loc. cit., II, p. 99. Cas. Req. 26 nov. 1935. D.H., 1936-1. — En sens contraire: BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE, I, n° 335. PLANIOL, RIPERT, VIII, par Nast, n° 221.

chés au jour de la vente, c'est au jour de l'adhésion de l'acheteur qu'il faut se placer pour apprécier le caractère apparent ou caché d'un vice: si la vente était déclarée rétroactivement formée, il faudrait faire supporter au promettant tous les vices qui existaient au jour de la promesse, et ne pas le décharger de ceux qui sont devenus apparents entre la promesse et sa réalisation.

Lorsqu'il s'agit de la réalisation d'une promesse de contrat réel, toutes ces conséquences seront reportées au jour de la livraison de la chose: ainsi lorsqu'il s'agit d'un prêt de consommation à titre onéreux, portant sur une chose certaine, le promettant répondra des seuls vices qui seront cachés à l'époque de la remise de la chose. Le bénéficiaire ne répondra de la chose que lorsqu'il sera en possession (12).

Puisque la vente est réalisée au jour de la levée de l'option, c'est seulement à partir de ce moment que court le délai de l'action en rescision pour lésion. En effet, le promettant ne peut pas exercer cette action avant la levée de l'option, puisqu'il ignore si la vente aura lieu, et il n'a donc aucun intérêt à agir car si la vente n'est pas réalisée, il ne subira aucun préjudice. Par application de la règle « *actioni non natae non prescribitur* », l'action en rescision ne peut pas se prescrire, parce qu'elle n'est pas encore née.

C'est également au jour de la levée de l'option qu'il faut se placer pour apprécier la valeur de l'immeuble et déterminer si la vente est lésionnaire (13). La Cour de Cassation (14) se prononce constamment dans ce sens, et elle invoque le sens littéral de l'article 1675: « Pour savoir s'il y a

---

(12) PLANIOL, RIPERT, XI, n° 1144. BAUDRY-LACANTINERIE, WAHL, n° 704.

(13) Nombreux développements sur la matière, en particulier: WAHL: La lésion dans les promesses unilatérales de vente. *Rev. Trim.*, année 1927, p. 571.

(14) Par exemple: Cas. Req. 28 déc. 1932. S. 1933-1-377.

lésion de plus des sept douzièmes, il faut évaluer l'immeuble suivant son état et sa valeur *au moment de la vente* ». Si on faisait de la promesse de vente une vente conditionnelle, le principe de la rétroactivité conduirait à décider qu'il faut apprécier l'immeuble au jour de la promesse et non au jour de sa réalisation. Une pareille différence a une grande importance dans les périodes troublées, où l'augmentation des valeurs est rapide parce qu'elle résulte de mesures artificielles et passagères, telles que les manipulations des monnaies. Le propriétaire qui a promis de vendre son immeuble 10.000 francs sera gravement lésé si la promesse est réalisée après une dévaluation monétaire, car il ne touchera que la somme fixée au contrat et le prix en sera payé en espèces dépréciées. La solution de la Cour de Cassation constitue pour le promettant un véritable moyen de revenir sur sa promesse, elle est une intervention des tribunaux dans le domaine contractuel et par là, elle est en opposition formelle avec tout le système du Code. Le principe de la liberté contractuelle, de l'autonomie de la volonté, consacré par le législateur de 1804, ne fait aucune place à la lésion. « L'homme veut ce qu'il veut », s'il est lié, c'est qu'il a accepté de se considérer comme tenu: il fait acte d'auto-limitation et personne ne peut le décharger des obligations qu'il a entendu assumer. « Une loi ne peut rien ajouter ni retrancher à une convention intervenue entre particuliers ». Comme le fait remarquer M. RIPERT: « La lésion dans le contrat n'est, pour la défenseur de l'autonomie de la volonté, que la conséquence fatale de la lutte des intérêts. Le législateur a donné sa protection aux incapables et relevé ceux dont le consentement a été vicié. Que les autres se défendent eux-mêmes. Le danger de la lésion est la rançon de la liberté » (15).

---

(15) RIPERT: La règle morale dans les obligations, n° 63.

Tout contrat valablement conclu doit être respecté même s'il est lésionnaire, et il a fallu toute l'autorité du Premier Consul, toute l'éloquence de PORTALIS, pour faire adopter la disposition de l'art. 1118 et admettre la rescision pour lésion dans les ventes d'immeubles. On sait toutes les critiques qui furent adressées à l'art. 1674 par les jurisconsultes classiques, et un représentant de l'école libérale n'a pas hésité à dire qu'il était « une tache dans le Code ». Pour le justifier, on l'a fait rentrer dans la théorie des vices du consentement et on a invoqué pour cela, non seulement la place de l'art. 1118 dans le Code, mais aussi l'autorité de POTHIER qui s'exprimait ainsi: « Chacun des contractants a l'intention de recevoir autant qu'il donne et de ne rien relâcher de ce qui lui appartient; son consentement n'est donc pas entièrement parfait lorsqu'il est lésé, puisqu'en ce cas, il part d'une erreur dans laquelle il est, qu'il reçoit autant qu'il donne; et c'est sur le fondement de ce défaut dans son consentement qu'il est admis à se faire restituer contre le contrat » (16). Dans son *Traité sur la vente*, il rattache la lésion à la violence: elle est fondée sur la contrainte morale qu'est présumée subir un vendeur pressé d'argent, qui se contentera d'un vil prix offert et payé comptant.

La lésion n'est donc qu'un vice particulier de la volonté. Elle tient à la fois de l'erreur et de la violence et, par conséquent, pour déterminer son existence, il faudra apprécier subjectivement la situation dans laquelle se trouvait la partie lésée lorsqu'elle a contracté.

La solution de la Cour de Cassation en matière de promesse de vente est loin de cette conception. Dès que le déséquilibre entre les prestations des parties est réalisé dans la mesure exigée par la loi, elle prononce la rescision

---

(16) POTHIER: *Traité des obligations*, 1<sup>re</sup> part., chap. 1<sup>er</sup>, sect. I, art. 3, § 4, n° 33.

sans rechercher qu'elle était la situation du vendeur au jour de la promesse, c'est-à-dire au jour où il a consenti. Si on procédait à cette recherche, bien souvent la rescision ne serait pas prononcée, car le prix exigé par le promettant correspondait à la valeur de l'immeuble au moment de la promesse. Peut-être lui était-il supérieur, et l'acheteur qui n'a pu le verser immédiatement s'est fait consentir la promesse, dont l'explication est alors la majoration du prix. Que des circonstances nouvelles viennent à bouleverser l'économie du contrat et la Cour de Cassation admettra le vendeur à en demander la révision sous cette forme de l'action en rescision.

Dans cette question, la Cour de Cassation a donc abandonné le principe de la rigidité des conventions, auquel elle s'était montrée fermement attachée dans d'autres hypothèses. Aussi, comme effrayée par son audace, elle a essayé de minimiser autant qu'elle a pu les conséquences de son initiative. Ainsi, dans les promesses de vente adjointes à un bail, elle décide (17) qu'il faut déduire de la valeur de l'immeuble la plus-value résultant du locataire et la moins-value causée par la longueur du bail, et cependant les travaux faits par le locataire appartiennent légalement au propriétaire; d'autre part, l'achat de l'immeuble par le locataire équivaut en fait à l'extinction du bail, de telle sorte qu'il peut le revendre sans la dépréciation qui en résultait. De même, M. THIRION (18) décide qu'il faut faire entrer dans le prix payé par le locataire les suppléments de loyer qu'il a été amené à verser pour obtenir la promesse de vente.

Les conséquences du défaut de rétroactivité sont donc importantes. Elles permettent d'insister à nouveau sur la nature de la promesse et vérifient le caractère déjà signalé

---

(17) Civ. 29 janvier 1930. D. 1932-1-57, note RADOUANT. — Civ. 9 avril 1932. D.H. 1932, p. 268. Req 18 oct. 1927, D.P. 1928-1-35.

(18) Le bail avec promesse de vente, p. 105 et ss.

de contrat préparatoire destiné à disparaître lorsque le but pour lequel il a été conclu sera réalisé. Après le contrat définitif, il ne reste plus aucune trace du rapport obligatoire qui existait antérieurement entre les parties.

### § 3. — REFUS DE RÉALISER LA PROMESSE

Lorsque le bénéficiaire de la promesse fait connaître au promettant sa volonté de conclure le contrat, celui-ci a normalement un rôle passif, et on a examiné dans le paragraphe précédent cette hypothèse. On a été amené à décider que le contrat était immédiatement formé par la levée de l'option lorsqu'il s'agissait d'un contrat consensuel, et on en a déduit qu'il fallait lui faire produire ses effets à partir de cette date.

Faut-il adopter cette même solution pour le cas où le promettant sort de son attitude silencieuse et déclare ou manifeste nettement par ses actes, qu'il se refuse à considérer le contrat comme conclu ?

C'est l'opinion de quelques auteurs, parmi lesquels il convient de citer M. LEDUC, et, à première vue, cette thèse est séduisante. Le promettant a promis de conclure le contrat et il l'a promis irrévocablement. S'il se rétracte, il ne peut le faire sans violer le contrat de promesse. Il est donc normal de considérer que sa rétractation est sans effet, de la considérer comme non advenue, et il convient, par suite, de décider que malgré les protestations du promettant le contrat est conclu. Le bénéficiaire est donc fondé à en demander l'exécution à la justice, les tribunaux n'ayant qu'à constater l'existence de la promesse et le consentement du bénéficiaire. « Quand vient se joindre au consentement déjà donné du promettant, dit LEDUC,

le consentement du stipulant, le contrat définitif est conclu » (19).

Une telle façon d'analyser la situation est manifestement insuffisante, elle fait preuve d'un apriorisme peu scientifique, parce qu'il ne concorde pas avec la réalité. « A quoi bon exiger du promettant une nouvelle déclaration de volonté, ajoute M. LEDUC, son consentement a déjà été donné sans restriction; l'autre partie en a pris acte. Il n'y a pas à le demander de nouveau; *il est* ». Mais, justement, cette affirmation ne cadre pas avec notre hypothèse, puisqu'on suppose que le promettant s'est départi de l'attitude passive qui devrait être la sienne et qui aurait été interprété comme un acquiescement au contrat : on se place dans le cas où le promettant manifeste clairement sa volonté de ne pas conclure le contrat. Comment décider que cette manifestation n'existe pas ? En fait elle est, et si la théorie fait ainsi abstraction des faits, elle devient une pure spéculation de l'esprit, incapable de satisfaire aux réalités pratiques ou de les expliquer. L'opinion de LEDUC repose sur une hypothèse erronée : on suppose que le promettant ne dit rien, et puisque cette supposition est fausse, il faut bien décider que toutes les conséquences qu'on en déduit n'ont aucune valeur. Donc, le contrat définitif n'est pas conclu. S'il l'était, on se trouverait en présence d'un contrat qui se serait formé sans le concours des volontés contractantes. En effet, au moment de la promesse, le promettant a donné son consentement et le bénéficiaire a réservé le sien, au moment de la levée de l'option c'est la situation inverse qui se produit; le promettant ne consent plus et c'est le bénéficiaire qui consent. Mais à aucun instant il n'y a eu coexistence de deux volontés concordantes. Il est donc juridiquement impos-

---

(19) LEDUC, loc cit., p. 151.

sible de considérer le contrat comme conclu, et le juge ne peut pas constater un accord qui n'a jamais existé.

Pour admettre l'opinion de M. LEDUC selon laquelle le refus du promettant doit être considéré comme non advenu, il faudrait un texte légal qui le déclare ainsi. M. PLANIOL (20) a adopté cette solution en matière de promesse unilatérale de vente, mais il la fonde sur l'art. 1589. « La promesse de vente vaut vente, dit l'art. 1589. C'est donc cette promesse même, dès que le consentement de l'acheteur est venu s'y joindre, qui constitue le contrat de vente. Cette décision se justifie par cette considération que tous les éléments de la vente sont alors réunis parce que l'on considère le consentement du vendeur comme n'ayant pas pu être retiré ».

Appuyée sur un texte, la solution ne ferait plus de doute: mais nous avons refusé, comme LEDUC, d'appliquer l'art. 1589 aux promesses unilatérales de vente, et, l'aurions-nous fait, qu'il faudrait déterminer la portée de ce texte, savoir s'il peut être appliqué à toutes les promesses de contrat en général.

D'ailleurs, l'opinion de M. LEDUC est inapplicable lorsqu'on sort du domaine des contrats consensuels. Ainsi, le crédité qui déclare vouloir profiter du crédit qui lui a été ouvert ne conclut pas par là-même le contrat de prêt, puisque dans notre droit celui-ci n'est formé que par la remise de la chose. De même, celui qui veut prendre inscription de l'hypothèque qui lui a été promise ne peut le faire qu'en vertu d'un acte notarié, et, par conséquent, la déclaration de volonté du bénéficiaire n'est pas suffisante pour lui accorder la qualité de créancier hypothécaire: il faut encore l'intervention d'un notaire.

Même lorsqu'il s'agit de contrats se formant par le simple consentement des parties, il sera inutile de dire que

---

(20) Tome II, n° 1406.

la levée de l'option entraîne automatiquement la conclusion du contrat, dans tous les cas où celui-ci exige la participation active du promettant. Si celui-ci refuse d'accomplir ses obligations, le contrat devra être résolu et comme il n'a jamais fonctionné, autant dire qu'il n'a pas été formé. Ainsi quelle utilité y aurait-il à décider que la promesse d'embauchage se transforme en contrat de travail dès que les ouvriers en demandent l'exécution? En effet, si le patron ne veut pas l'exécuter, son refus sera une rupture abusive du contrat de travail, génératrice de dommages et intérêts (21). De même, au cas de promesse de société, il n'y a aucun intérêt à dire que la société existe du seul fait de la levée de l'option, malgré la volonté contraire du promettant: si le refus de celui-ci, transformé en associé forcé, persiste, la société a un caractère précaire, car, il n'y a pas de société sans la volonté, chez tous les contractants, de coopérer directement ou indirectement à l'œuvre commune (22). Par conséquent, la société pourra être résolue dès sa formation et la résolution s'accompagnera d'une allocation de dommages et intérêts. Pour justifier ceux-ci, il importe peu de considérer le contrat comme conclu, car ne pas former le contrat promis entraîne aussi le paiement d'une indemnité pécuniaire.

On arrive ainsi à la solution traditionnelle selon laquelle le promettant qui ne tient pas sa promesse doit être condamné à des dommages et intérêts.

En effet, le changement dans la volonté du promettant est illicite, puisqu'il constitue la violation d'une convention antérieure dont on a proclamé la validité. Par cette convention, l'auteur de l'acte illicite avait promis de donner son consentement. Maintenant, il refuse. On peut dire que l'objet du contrat de promesse a péri et il a péri par

(21) Note de M. ROUAST au D.P. 1928-1-33.

(22) Note de M. PIC au D.P. 1934-2-129.

la faute du débiteur. Ce qui était dû par le débiteur était un fait, et on sait que l'inexécution des obligations de faire se résout en dommages et intérêts : l'art. 1142 du Code civil paraît formel sur ce point : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Longtemps cette opinion a été soutenue par nos anciens auteurs, et les glossateurs exprimaient cette règle dans le vieil adage : « Nemo potest praecise cogi ad factum ». On ne peut forcer une personne à accomplir une action, parce qu'il faudrait employer des moyens de contrainte contraires à la liberté individuelle. Ici, il s'agit de donner un consentement : comment ordonner à la partie récalcitrante de vouloir le contrat ?

Cependant, on ne reconnaît plus aujourd'hui à l'article 1142 la portée générale qu'on a voulu lui attribuer (23). Il suffit de se reporter aux articles 1143 et 1144 pour en limiter le champ d'application et pour comprendre que ce texte ne fait qu'exprimer la solution habituelle. D'ailleurs, si on appliquait littéralement l'article 1142, on arriverait, comme le fait remarquer M. JOSSERAND, à « cette conclusion inacceptable » que l'obligation changerait par la seule volonté du débiteur. « Il ne saurait dépendre de l'inertie ou de la mauvaise volonté du débiteur de changer l'objet de sa dette. L'article 1142 ne fait que reproduire un vieil adage qui n'était pas considéré comme absolu : POTHIER nous en fournit la preuve. Ainsi se dessine une distinction tirée de l'inviolabilité de la personne humaine. L'exécution forcée est admise, en principe, dans les obligations de faire, elle n'est écartée que dans les cas où elle impliquerait une violence s'exerçant sur la personne physique du débiteur, et cela au nom de la dignité de la personne, de son inviolabilité. Ce qui revient à distinguer

---

(23) PLANIOL et RIPERT, T. VII, par Esmein, n<sup>os</sup> 780 et ss.

selon que l'exécution implique ou non absolument l'intervention du débiteur lui-même » (24).

En résumé, le juge doit condamner à la réparation la plus adéquate, la plus susceptible de faire disparaître le dommage.

Dans notre espèce, le débiteur a promis de faire un contrat; il ressort de l'esprit de l'article 1143 que l'exécution en nature est possible, parce qu'il peut être suppléé au refus du promettant (25). Evidemment, le juge ne peut pas contraindre la volonté humaine, mais il peut ordonner l'exécution des conséquences juridiques qu'aurait entraînées le consentement s'il avait été fourni. Le juge tirera les conséquences auxquelles on arriverait si le contrat avait été conclu : ainsi, une promesse de vente sera tenue pour réalisée, et le créancier sera investi des droits d'un acheteur.

POTHIER préconisait cette solution « comme étant la plus conforme à la fidélité qui doit régner entre les hommes pour l'accomplissement de leurs promesses » (26).

On dit, généralement, que « le jugement vaudra contrat » ; mais cette formule est trompeuse, car elle laisse supposer que le jugement remplace la dation d'un consentement, ce qui est faux. Il faut remarquer, en effet, que le tribunal ne prononce pas la conclusion du contrat, il constate le refus du promettant, et, comme il y a là un acte illicite et dommageable, le juge ordonne la réparation qui lui paraît la plus juste et la plus opportune. Ainsi, il ne pourra pas condamner le promettant à exécuter les obligations, qui seraient résultées du contrat, lorsqu'elles supposent l'intervention active du promettant et nécessitent de sa part un fait personnel.

---

(24) T. II, n° 589.

(25) PLANIOL, RIPERT, Tome VII, par Esmein, n° 782.

(26) Traité de la vente, n° 479.

La formule « le jugement vaudra contrat » devra être interprétée comme signifiant que la décision de la justice tiendra lieu de titre et servira de preuve au bénéficiaire de la promesse. Ainsi, le jugement qui ordonne le transfert de la propriété d'un immeuble, au cas de promesse de vente, sera soumis au droit de mutation (27).

Au cas d'inexécution d'une obligation de faire, le juge a le choix entre l'exécution forcée ou par équivalent. Il optera pour cette dernière lorsque la première ne causerait que des inconvénients, ou risquerait d'être vaine.

Aussi, on est amené à faire une distinction, au point de vue de l'exécution forcée, entre les différentes promesses, selon le contrat qu'elles préparent. Pour les unes, le refus du promettant sera inefficace en fait, puisque le bénéficiaire obtiendra l'exécution des obligations qui seraient nées du contrat définitif : c'est le cas de la promesse de vente, de la promesse de prêt, de la promesse de gage (28). Pour les autres, au contraire, la mauvaise volonté du débiteur sera seulement sanctionnée par des dommages et intérêts, parce que l'exécution forcée en est impossible ou défectueuse. La promesse de contrat de travail, la promesse de société se résoudront en une indemnité pécuniaire, parce qu'on ne peut pas obtenir du promettant qu'il donne du travail ou qu'il accomplisse son devoir de vigilance, obligation primordiale de tous les associés (29).

Il est quelquefois difficile de savoir dans quelle catégorie doivent être classées certaines promesses. Ainsi, la majorité des auteurs estime que l'inexécution de la promesse unilatérale de prendre ou de donner à bail ne peut

---

(27) DEMOGUE, loc. cit., T. II, p. 98.

(28) PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 182. — JOSSE-RAND, T. II, n° 1073. — DUVERGIER, T. VI, n° 144. — TROPLONG, n° 184. — LAURENT: Principes de droit civil, T. 28, n° 470.

(29) PLANIOL et RIPERT, T. XI par Nast, n° 389. — PIC: Des Sociétés commerciales, T. I, p. 597, n° 442. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n° 33. — Note Pic au D.P. 1934-2-129.

permettre de réclamer que des dommages et intérêts, parce que le louage de chose implique l'exécution d'obligations successives de part et d'autre. Cependant, on ne voit pas pourquoi on ne permettrait pas à un tribunal de décider que la promesse de donner à bail sera tenue pour réalisée et le créancier investi des droits d'un locataire (30).

Il faut mettre à part la promesse d'hypothèque constatée par acte sous seing privé, la condamnation du débiteur emportera hypothèque judiciaire portant sur la généralité des biens, et par conséquent le refus par le promettant de tenir sa promesse sera lourdement sanctionné. Cette solution au point de vue législation est incorrecte, mais elle est imposée par les principes généraux. L'opinion selon laquelle le tribunal pourrait jouer le rôle dévolu au notaire est aujourd'hui abandonnée: le tribunal ne peut pas ordonner que faute par le débiteur de constituer dans un certain délai l'hypothèque conventionnelle promise, le jugement tiendra lieu d'acte constitutif (31). La promesse d'hypothèque se résout donc en dommages-intérêts.

Les dommages-intérêts seront fixés selon les règles ordinaires. Leur montant devra être calculé de manière à réparer tout le dommage causé, et il faut remarquer que la perspective d'avoir à payer une lourde indemnité sera bien souvent un moyen de peser sur la volonté du promettant et de l'amener à exécuter de plein gré sa promesse. Ces dommages-intérêts comprendront, à la fois, le « *lucrum cessans* » et le « *damnum emergens* » et on a déjà indiqué qu'ils seraient supérieurs à ceux alloués au cas d'offre avec délai, lorsqu'elle est révoquée indûment. Dans cette hypothèse, l'indemnité pécuniaire ne comprendra que

---

(30) En ce sens: PLANIOL, RIPERT, T. VII, par Esmein, n° 782. En sens contraire: PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 426. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL: Le louage, T. I, n° 25.

(31) PLANIOL, RIPERT, Tome XII, par Becqué, n° 455. Dans le même sens: AUBRY et RAU, § 266, n° 53. En sens contraire: PERROUD, note au S., 1912-1-217.

« l'intérêt négatif », car l'obligation de l'offrant, résultant d'une convention simplement présumée, on ne peut le considérer comme tenu d'une obligation aussi étendue que celle qui résulterait d'un contrat véritable, même tacite. De plus, on peut reprocher au destinataire de ne s'être pas fait consentir une promesse de contrat, et les conséquences de cette négligence doivent retomber sur lui: il ne doit pas avoir les mêmes droits que s'il avait été vraiment soucieux de ses propres intérêts.

Enfin, lorsque la promesse de contrat se résoudra en dommages-intérêts, le juge pourra employer le système des astreintes pour amener le promettant à conclure le contrat promis et à l'exécuter. « C'est un levier, dit JossERAND (32), à l'aide duquel on pèse sur la volonté du débiteur; grâce à elles la règle « *nemo potest praecise cogi ad factum* » voit son domaine se rétrécir de plus en plus.

Les tribunaux devront condamner à des dommages et intérêts même au cas de promesse susceptible d'exécution en nature, lorsque celle-ci aurait une répercussion au détriment de droit acquis à des tiers (33). Il convient maintenant d'étudier cette hypothèse où le promettant a contrevenu à sa promesse.

#### § 4. — CONTRAVENTION A LA PROMESSE

La personne qui a promis de faire un contrat s'est engagée par là même à ne pas conférer à un tiers des droits qui rendraient impossible ou inutile la conclusion de ce contrat. Son obligation de faire est aussi une obligation de ne pas faire un contrat par lequel un tiers pourrait opposer au bénéficiaire des droits antagonistes. Le promettant a aliéné une partie de sa liberté, il ne doit pas sor-

---

(32) Op. cit., T. II, n° 589.

(33) PLANIOL, RIPERT, T. VII, par Esmein, n° 783.

tir des limites qu'il s'est ainsi tracées. Tout acte fait hors de ces limites est un acte illicite, qui entraîne le droit à réparation, lorsqu'il cause un dommage au bénéficiaire.

Ainsi, celui qui a promis de vendre un immeuble s'engage à ne pas le transmettre à un tiers, et, s'il en a promis la possession dès la levée de l'option, il ne doit pas consentir un bail qui conférerait au preneur le droit de jouir de l'immeuble pour une période postérieure à la réalisation de la promesse (34). Celui qui a promis ses services ne doit pas passer un contrat de travail qui le lierait à un tiers même après la levée de l'option. De même, celui qui a promis de constituer une société ne doit pas s'associer avec d'autres pour exploiter le même objet.

Dans toutes les hypothèses où il en sera ainsi, le bénéficiaire de la promesse obtiendra des dommages et intérêts, lorsqu'ayant déclaré son intention de lever l'option, il trouvera en face de lui un tiers auquel un contrat donne la situation qui serait résultée pour lui de la conclusion de l'accord promis. Le respect de la parole donnée est une règle morale et une règle juridique; pour en assurer l'observation, il convient de punir tous les actes qui y portent atteinte, soit directement, soit indirectement.

Mais les dommages et intérêts seront bien souvent pour le bénéficiaire une réparation incomplète, et on a vu précédemment que le tribunal pouvait condamner le promettant à l'exécution des obligations que le contrat définitif devait faire naître. Ici, la meilleure réparation consisterait à annuler le contrat intervenu avec le tiers, et à permettre ainsi au promettant de tenir sa promesse en contractant avec le bénéficiaire (35).

---

(34) Req. 12 janvier 1929, D.H. 1929, p. 445.

(35) Les conflits entre droits qui ne sont pas soumis à publicité, par BOULANGER, *Rev. Trim.*, 1935. — LALOU: Le pacte de préférence, D.H. 1929, Ch. 43. — Les promesses unilatérales de vente, D.H. 1928, Ch. 1.

Cette solution, au premier abord, paraît impossible à obtenir juridiquement, car elle se heurte, apparemment, au principe de la relativité des contrats. En quoi, en effet, une convention autonome peut-elle être menacée dans son existence, parce que son exécution est susceptible de porter atteinte aux droits nés d'une convention antérieure ? Un contrat a été violé : mais de quel droit poursuivre un tiers ? Comme le fait remarquer M. RIPERT, il semble qu'une personne ne saurait être tenue à raison de la violation d'une obligation contractuelle, alors que cette obligation ne lui incombe en rien, le contrat ayant un effet relatif (36). « Les conventions ne nuisent point au tiers », dit l'art. 1165; par conséquent, un contrat susceptible de causer un préjudice à un tiers ne peut pas être invoqué contre lui. La promesse de vente ne peut pas être opposée à l'acquéreur de l'immeuble, car vis-à-vis de lui elle est « *res inter alios acta* ». Elle oblige le promettant à ne pas vendre l'immeuble, mais elle l'oblige seul, parce qu'on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. Cependant, la portée de l'article 1165 est aujourd'hui bien délimitée. Ce texte signifie que les parties ne peuvent pas créer à la charge d'un tiers une obligation, mais il ne veut pas dire qu'un contrat est inexistant à l'égard des tiers. Une convention, en effet, crée une situation de droit qui a une existence absolue, objective, qui peut être invoquée par un tiers ou lui être opposée. Il faut remarquer, d'autre part, que la violation d'un contrat est un acte illicite, un délit, et ce délit comme tout autre délit doit pouvoir servir de base à la responsabilité d'un complice (37).

Celui qui a acheté un immeuble faisant l'objet d'une promesse de vente peut-il être inquiété par le bénéficiaire ? Telle est l'hypothèse pratique sur laquelle les tribunaux

---

(36) La règle morale, n° 170.

(37) P. HUGUENY: Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, p. 9.

ont eu maintes fois l'occasion de se prononcer. C'est celle qui nous servira d'exemple, mais il faut en rapprocher tous les cas où le promettant a transféré ou constitué un droit réel inconciliable avec celui consenti au bénéficiaire de la promesse : ainsi, le créancier auquel le débiteur a promis un gage peut-il recourir contre le tiers qui a acquis ce gage ?

Le droit résultant d'une promesse de vente est un droit de créance, et le promettant conserve la propriété de la chose jusqu'à la levée de l'option; par conséquent, s'il vend l'immeuble, l'acquéreur le tient du « verus dominus » et lorsqu'il a transcrit, il a, dit-on, un droit opposable à tous. Le conflit entre le bénéficiaire de la promesse et l'acheteur semble ne pas pouvoir se poser, parce que celui-ci étant devenu propriétaire « erga omnes » ne peut voir sa qualité contestée par personne, et notamment par le titulaire d'un simple droit personnel; occulte, puisqu'on a été amené à décider que la promesse de vente n'est pas un contrat susceptible d'être publié.

Cependant, le droit réel et le droit personnel sont de nature différente, et la transcription ne joue qu'entre titulaires de droit réel, elle n'est pas organisée pour départager un créancier et un propriétaire. Dans certains cas, la loi elle-même a prévu des conflits entre droits réels et droits personnels, et elle décide que le titulaire du droit de créance pourra l'emporter sur le titulaire du droit réel: ainsi, l'art. 1743 du Code civil oblige l'acquéreur d'un immeuble à respecter le bail consenti par le vendeur lorsqu'il a date certaine antérieure à la vente. Ce texte n'est que l'application du principe général selon lequel tout droit doit être respecté parce que c'est une obligation de ne pas nuire à autrui. Si théoriquement les droits personnels ne sont pas opposables aux tiers, cela tient à leur défaut de publicité, car on ne saurait reprocher à une personne d'avoir aidé à violer une obligation si elle n'en connaissait

pas l'existence. Ainsi, on arrive tout naturellement à distinguer les cas où l'acquéreur connaissait la promesse, de ceux où il l'ignorait. Les droits personnels doivent être protégés toutes les fois qu'ils s'extériorisent, qu'ils sont révélés à d'autres qu'aux contractants eux-mêmes. La publicité de fait qui les entoure est la mesure de la protection juridique à laquelle ils ont droit. Quand la promesse a été connue par le titulaire du droit inconciliable avec celui du bénéficiaire, il est normal de penser que celui-ci doit être maintenu dans la situation privilégiée qui résultait pour lui de la promesse. « *Malitiis non est indulgendum* ».

Il faut donc faire ici appel à cette notion de la bonne foi, notion vague mais dont l'imprécision même permet de rendre le droit plus sociable, de le mettre en accord avec la morale, dans tous les cas où la stricte logique juridique conduirait à porter atteinte à des situations respectables.

Lorsque l'acquéreur est de bonne foi (38), c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas connu la situation exacte du propriétaire et qu'il l'a cru entièrement libre de disposer de son bien, on ne peut lui reprocher d'avoir participé à la violation d'un droit, puisqu'il n'en connaissait pas l'existence. Sa situation est irréprochable, sa bonne foi doit le protéger contre toute éviction, car c'est une nécessité imposée par la morale et la sécurité des transactions.

Quand l'acquéreur est de mauvaise foi, quand il a acheté l'immeuble en sachant très bien que le propriétaire ne pouvait pas en disposer, parce qu'il avait consenti une promesse de vente, il n'y a plus de raison pour lui permettre de conserver l'immeuble. En effet, puisque tous les droits doivent être respectés, l'emportera celui qui aura été créé le premier. Lorsque plusieurs personnes tiennent

---

(38) LEDUC, thèse citée, p. 121 et ss. — PLANIOL, RIPERT, T. X, par Hamel, n° 179. — COLIN et CAPITANT, II, n° 514. — JOSSE-RAND, II, n° 1072.

d'une autre des droits qui s'opposent, pour choisir entre elles, il faut appliquer la règle « *Prior tempore, potior jure* ». Un deuxième rapport obligatoire ne peut porter atteinte à un rapport juridique antérieur. Bien souvent, cette règle est inappliquée, car la stabilité et la sécurité des relations humaines exigent des exceptions nombreuses : mais celui qui la viole sciemment ne peut invoquer aucune excuse pour consolider sa situation frauduleuse, d'autant plus qu'il contrevient au devoir moral de ne pas nuire à autrui. Pour cette double raison, il doit être condamné à réparer le dommage qu'il a aidé à causer ; ses droits sur l'immeuble doivent être anéantis (39).

Le droit du bénéficiaire de la promesse n'étant pas soumis à publicité, c'est donc dans des hypothèses exceptionnelles qu'il pourra recourir contre le tiers, complice de la violation de la promesse, car la bonne foi se présume. Il faudra, pour faire annuler la vente, des preuves incontestables de la connaissance par le tiers du lien juridique antérieur qui existait entre son auteur et le bénéficiaire de la promesse (40). Lorsqu'il en sera ainsi, le droit personnel sera devenu opposable aux tiers, et c'est là une tendance moderne d'assurer, contre tous, les avantages résultant d'un contrat (41). Pour atteindre ce but, on fait appel à la règle juridique et à la règle morale, le cas de contravention à la promesse de vente en offre un exemple très net. Le droit n'offre aucun moyen d'assurer la protection du bénéficiaire de la promesse, mais lorsque la situation de celui-ci est connue, le devoir de ne pas nuire à autrui peut alors recevoir une sanction. Selon les fortes expressions de M. RIPERT, « le futur acquéreur qui est créancier d'une promesse de vente ne peut par aucun procédé technique empêcher le pro-

---

(39) Paris, 5 juillet 1926. D.H. 1926, 472. — Cas Civ. 13 nov. 1929, D.P. 1929-1-131. — PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 151, 4°.

(40) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, p. 200.

(41) PLANIOL, RIPERT, T. III, par Picard, n° 44.

priétaire de violer l'obligation contractuelle, il est obligé de se fier à sa parole, donc à sa conscience. Les tiers doivent l'aider et obliger cet homme à tenir parole » (42).

La jurisprudence consacre constamment les solutions que nous venons de préconiser. Les tribunaux annulent la vente intervenue entre le promettant et le tiers lorsque celui-ci connaissait la promesse de vente, et ils attribuent au bénéficiaire la qualité d'acquéreur. Pour justifier leurs décisions, les tribunaux invoquent tantôt l'art. 1382, tantôt l'art. 1167, tantôt la maxime « *fraus omnia corrumpit* ».

L'art. 1382, par sa généralité même, permet d'obtenir la réparation de tous dommages. Si son résultat habituel est une indemnité pécuniaire, non seulement comme le déclarent BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, « les termes de l'article 1382 n'excluent point d'autres modes de réparation de nature à donner une juste satisfaction à la partie lésée », mais il est permis de penser qu'en obligeant l'auteur du dommage à le réparer, il commande par là-même au juge de rechercher le moyen de réparation le meilleur, le plus adéquat au préjudice causé. L'art. 1382 peut très bien entraîner la nullité d'un acte juridique, lorsque cette nullité est possible et constitue le moyen de réparation le plus direct et le plus efficace.

Pour prononcer cette nullité, on a pensé aussi à l'action paulienne (43). Il est question de fraude, de complicité : ne sont-ce pas là les conditions mêmes de l'exercice de cette action ? L'action paulienne, en effet, permet à un créancier d'obtenir la révocation d'un acte frauduleux, consenti par le débiteur en fraude de ses droits. Ce n'est pas une action en nullité proprement dite, car celle-ci n'est prononcée que dans la mesure où elle permet de respec-

---

(42) Op. cit., n° 170.

(43) Voir PLANIOL, RIPERT, T. VII, par Esmein, n° 938. — AUBRY et RAU, T. VI, § 313.

ter les intérêts des tiers. C'est avant tout une action indemnitaire, et, dans notre hypothèse, la nullité est prononcée à titre d'indemnité. Evidemment, l'action paulienne suppose l'insolvabilité du débiteur, puisqu'elle est une action subsidiaire et le préjudice résulte de ce que l'acte incriminé crée cet état d'insolvabilité ou augmente celle-ci. Mais, il convient de remarquer que l'art. 1167 est invoqué, ordinairement, par des créanciers de sommes d'argent, c'est-à-dire d'une chose envisagée « in genere ». Ici, il s'agit d'une créance spécialisée quant à son objet, et, s'il n'est pas question d'une insolvabilité généralisée, il n'en reste pas moins que le débiteur s'est mis dans l'impossibilité de satisfaire à son engagement. Il y a défaut de paiement, parce que le débiteur ne peut pas exécuter deux obligations contradictoires, et tout se passe comme s'il était insolvable par rapport au bénéficiaire de la promesse; il importe peu à celui-ci que le promettant soit « in bonis », car, à son égard, il est dans l'état d'une personne qui ne peut pas dénouer le lien juridique qu'elle a formé, et c'est bien là l'insolvabilité au sens général du mot.

D'ailleurs, les autres conditions de l'action du bénéficiaire contre l'acquéreur sont bien celles de l'action paulienne dans la théorie générale. Il y a fraude et complicité au sens habituel, comme l'entendent la jurisprudence et la doctrine, notamment M. RIPERT, qui s'exprime ainsi : « En réalité, la fraude du débiteur consiste à passer un acte juridique avec la conscience de ne point remplir son devoir envers les créanciers. Le tiers étant partie à l'acte juridique participe à la fraude par cela seul qu'il connaît, tout comme le débiteur, la situation » (44).

Cependant, certains auteurs ont prétendu qu'appliquer l'action paulienne, dans cette hypothèse, serait la faire sortir de son domaine, car elle vise uniquement les débi-

---

(44) Op. cit., n° 169.

teurs de somme d'argent, et M. PLANIOL estime que l'annulation de la vente est une application de la maxime « *fraus omnia corrumpit* ». On peut reprocher à cette opinion d'avoir recours à une formule toute faite, qui, à raison de son imprécision, peut être invoquée dans les circonstances les plus diverses. Certains disent qu'il y a là « un expédient destiné à éviter une discussion qui semble gênante, c'est une sorte de bandeau que, plus ou moins volontairement, on se met sur les yeux » (45).

Enfin, récemment on a soutenu que l'aliénation consentie en violation de la promesse devait être annulée parce qu'elle avait une cause illicite. Les parties ayant pour but de faire échec à des droits préétablis, « le mobile animateur des volontés contractuelles est d'une nature incontestablement illicite ». Les volontés formatrices du second contrat poursuivent en commun un but illicite et la sanction de l'art. 1131 du Code civil apparaît pleinement justifiée (46).

Quoi qu'il en soit, les tribunaux prononcent constamment l'annulation de la vente, consentie au mépris de la promesse, lorsque l'acquéreur est de mauvaise foi. La question du fondement de la nullité ne présente un intérêt que dans les cas où le bénéficiaire, ayant tardé longtemps à la demander, trouve en face de lui un sous-acquéreur de la chose. La Cour de Cassation a décidé, le 13 novembre 1929 (47), que le bénéficiaire ne pouvait pas poursuivre la restitution de la chose, au cas de revente à un nouvel acquéreur « exempt de faute ». Cette décision implique que la restitution aurait pu être exigée, si le sous-acquéreur avait été de mauvaise foi, et cette solution s'ex-

---

(45) HUGUENEY, *op. cit.*, p. 29.

(46) BOULANGER: Conflits entre droits qui ne sont pas soumis à publicité. *Revue Trimestrielle*, 1935.

(47) D.P., 1929-1-131.

plique très facilement si l'on voit dans l'action du bénéficiaire une forme particulière de l'action Paulienne.

Ces principes dégagés à l'occasion de la contravention à une promesse de vente doivent être généralisés et appliqués à tous les cas où la violation de la promesse résulte d'un contrat intervenu entre le promettant et un tiers : toutes les fois que celui-ci aura participé sciemment à la fraude du promettant, il sera condamné, avec lui, à réparer le préjudice causé, et, lorsque la meilleure réparation consistera dans l'annulation du contrat, les tribunaux n'hésiteront pas à la prononcer ; mais il faut qu'elle rende possible l'exécution en nature de la promesse. Ainsi, il serait inutile de prononcer la nullité d'une société, intervenue au mépris d'une promesse, car l'annulation de ce contrat ne permettra pas d'obtenir du promettant la constitution de la société prévue, puisque si celui-ci refuse, le bénéficiaire aura droit seulement à des dommages et intérêts. D'ailleurs, le fait d'avoir contrevenu aussi directement à la promesse montre l'intention du promettant de ne pas la tenir et justifie suffisamment le paiement de dommages et intérêts compensatoires. Peut-être le tiers en sera-t-il tenu, dans une certaine mesure, comme complice de la violation d'une obligation, mais l'annulation du contrat ne présenterait aucun intérêt pour le bénéficiaire de la promesse.

Ainsi, dans cette seconde partie, la promesse de contrat est apparue comme ayant des effets propres et bien distincts : elle fait naître au profit du bénéficiaire un droit qui est entouré de certaines mesures protectrices ; mais l'effet principal de cet accord préparatoire est de permettre la réalisation d'un contrat à la demande d'une seule des parties. Tous ceux qui s'opposent à la réalisation de

ce contrat encourent une condamnation civile et, en permettant d'atteindre des tiers, la jurisprudence adapte, d'une manière aussi adéquate que possible, la promesse aux besoins de la pratique moderne et augmente par là-même les grands services qu'on peut en attendre.

### TROISIEME PARTIE

## EXTINCTION DE LA PROMESSE DE CONTRAT

---

Lorsque la promesse de contrat est réalisée, elle disparaît complètement, et c'est là son mode d'extinction normal. En principe, elle dure jusqu'au moment où elle produit son effet, c'est-à-dire jusqu'à la conclusion du contrat, et tant que celui-ci n'est pas intervenu elle subsiste entre le bénéficiaire et le promettant: jusqu'à la levée de l'option, celui-ci est tenu de maintenir son offre de contracter.

Cependant, cette obligation du promettant peut disparaître autrement que par l'exécution effective. Elle s'éteint sans que le bénéficiaire ait profité de l'avantage à lui accordé toutes les fois qu'un délai a été prévu expressément ou implicitement, ou qu'il se produit des circonstances nouvelles dont les parties avaient fait une condition résolutoire, ou qui rendent impossible la conclusion du contrat promis.

L'étude du temps pendant lequel la promesse est valable, c'est-à-dire « la durée de la promesse » sera abordée dans un premier chapitre.

Dans un second chapitre intitulé « La promesse de contrat et les événements ultérieurs », nous examinerons l'influence des circonstances nouvelles sur l'obligation du promettant, c'est-à-dire les cas dans lesquels la promesse devient caduque.

## CHAPITRE PREMIER

### DURÉE DE LA PROMESSE DE CONTRAT

---

Certains auteurs exigent, comme condition de validité de la promesse de contrat, la fixation d'un délai à l'expiration duquel le promettant sera libéré si le bénéficiaire n'a pas levé l'option. « Celui auquel la promesse a été faite, disent AUBRY et RAU (1), peut à chaque instant, *durant le délai expressément ou implicitement fixé à cet effet*, la convertir en une promesse de vente synallagmatique ». La promesse, s'analysant en une obligation de maintenir une offre, cette obligation implique l'idée d'une certaine durée, de délai par conséquent. La nature même de la promesse de contrat, disent ces auteurs, est d'être essentiellement temporaire, car elle est un accord préliminaire qui n'est pas une fin en soi, mais qui prépare l'éclosion d'un autre contrat, et le délai fait partie intégrante de la promesse. Certaines législations étrangères ont adopté cette opinion, et le code autrichien, par exem-

---

(1) 5 éd., T V, p. 6.

ple, décide dans son art. 936 que « la stipulation par laquelle on convient de conclure un contrat dans l'avenir n'est obligatoire que lorsqu'on a déterminé l'époque de la conclusion... ; l'accomplissement de semblables promesses doit être poursuivi au plus tard dans l'année qui suit le terme fixé ; dans le cas contraire, le droit est éteint ».

Notre code ne contient aucune disposition semblable, et ceux qui exigent un délai pour assurer l'efficacité de la promesse ont méconnu son caractère même (2). Pour les uns, lorsqu'elle est faite sans limitation de temps, elle se confond avec la simple sollicitation ; pour les autres elle oblige indéfiniment le promettant, et une pareille solution ne peut être adoptée. Quoi qu'il en soit, on admet aujourd'hui la validité de la promesse, même dans les cas où aucun délai n'a été prévu, ce qui en pratique se produit rarement ; nous allons étudier rapidement ces deux hypothèses.

#### § 1. — CAS OÙ AUCUN DÉLAI N'EST FIXÉ

Lorsque l'obligation du promettant n'est soumise à aucun terme, on ne peut lui reconnaître le droit de se rétracter quand il veut, car ce serait confondre la sollicitation pure et simple avec la promesse de contrat, et méconnaître l'intention des parties qui ont voulu faire quelque chose de plus qu'une simple sollicitation.

En pareil cas, il faut décider que l'obligation du promettant sera éteinte par la prescription trentenaire, parce qu'on ne peut admettre la durée indéfinie de l'action du bénéficiaire, et, d'autre part, le délai de trente ans constitue le délai de droit commun, concernant tous les cas qui ne rentrent pas exactement dans les termes stricts d'une disposition légale (3). Cette solution ne va pas sans

---

(2) Voir MATULESCO, *th. cit.*, p. 83. — LÉVRIER, thèse citée, p. 118.

(3) PLANIOL, RIPERT, T. VII, par Esmein, n° 1330.

soulever des objections : un droit qui n'est pas encore né, dit-on, ne peut pas se prescrire, et il doit en être ainsi du droit du bénéficiaire, qui n'est qu'un droit éventuel. C'est là, la solution en matière de droits conditionnels, mais on ne peut pas l'étendre, par analogie, aux droits éventuels, puisqu'ils sont de nature différente. D'ailleurs, il dépend uniquement du bénéficiaire de rendre son droit pur et simple et, s'il ne le fait pas, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si son droit est éteint. Il y a là ce que l'on appelle une « faculté », et cette faculté étant conventionnelle, puisqu'elle n'appartiendrait pas au bénéficiaire si un titre ne la lui avait pas accordée, est prescriptible, car seules les facultés légales ne le sont pas (4). Selon la formule de M. DEMOGUE, « on ne crée, en effet, que des droits dont l'usage est facultatif, et non pas des droits analogues à ceux nés de la loi dont le titre se renouvelle sans cesse et dont l'usage importe beaucoup plus » (5).

Evidemment un pareil délai laisse peser une longue incertitude sur la situation des parties, incertitude d'autant plus grave qu'elle est susceptible de rejaillir sur les tiers et de leur causer un préjudice. Une disposition légale fixant une prescription plus courte en matière de promesse de contrat serait très utile, mais il semble que l'art. 936 du Code autrichien ne doit pas être accepté en bloc : en exigeant que l'époque de la conclusion du contrat soit déterminée, ce texte écarte toutes les promesses de contrat qui peuvent être réalisées quand le bénéficiaire le voudra, puisqu'il ne pourra pas lever l'option avant le moment fixé dans la promesse ; les promesses à terme sont les seules autorisées par ce texte, et cette décision est essentiellement arbitraire. En général, il est stipulé que la promesse de contrat peut être réalisée à un moment

---

(4) PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 25.

(5) Traité des obligations, n° 513.

quelconque, et ce n'est que dans des cas exceptionnels, les ventes à option en matière de bourse par exemple, que la réalisation de l'opération doit intervenir à un jour fixé d'avance.

D'ailleurs, lorsqu'aucun délai n'a été fixé, le promettant est encore en mesure d'amener le bénéficiaire à lever l'option le plus tôt possible. Par les pouvoirs qu'il conserve sur la chose, objet du futur contrat, et par l'insuffisance des moyens de protection qui sont accordés au bénéficiaire, celui-ci est, jusqu'à un certain point, à la discrétion du promettant. Il est vrai, cependant, que celui-ci doit être prudent, car tout acte accompli par lui et de nature à rendre impossible la conclusion du contrat engage sa responsabilité et peut justifier une demande en dommages et intérêts (6).

Aussi, certains auteurs ont voulu permettre au promettant de faire cesser directement la situation incertaine dans laquelle il s'est placé peut-être imprudemment. Il faut remarquer que le législateur lui-même a apporté au principe de la liberté des conventions d'importantes restrictions lorsqu'il s'agit d'engager l'avenir : ainsi les engagements de service à vie, les pactes d'indivision de longue durée sont annulés, de même la loi permet la rupture des sociétés à durée indéterminée. Les clauses de non-concurrence, de non-remariage, d'inaliénabilité ne sont admises par la jurisprudence qu'avec des restrictions, parce qu'il paraît nécessaire de protéger l'homme contre sa faiblesse ou son imprévoyance (7).

C'est en conformité avec toutes ces solutions, que certains permettent au promettant de mettre en demeure le bénéficiaire d'avoir à réaliser le contrat dans un délai donné, ou tout au moins d'avoir à fixer l'époque où il

---

(6) LEDUC, thèse cit., p. 101.

(7) PLANIOL, RIPERT, VI, par Esmein, n° 226.

compte prendre parti. Une sommation, disent ces auteurs, est nécessaire, parce que « le promettant qui veut retirer sa promesse ne peut point la retirer librement et sans aucune formalité préalable comme s'il s'agissait d'une simple pollicitation » (8).

Cependant, ce système a pour résultat d'accorder au promettant la possibilité d'annihiler tous les avantages que la promesse conférait au bénéficiaire, et cela par sa seule volonté. En effet, on est amené à décider que si le bénéficiaire ne répond pas, son silence doit être interprété comme une renonciation à son droit, et cette solution heurte par trop le principe de l'autonomie de la volonté pour pouvoir être efficacement défendue. Quelle sera l'utilité de la promesse de contrat, si, dès qu'elle a été consentie, on reconnaît au promettant le droit de mettre en demeure le bénéficiaire d'avoir à l'utiliser ?

POTHIER adopte une autre solution : il estime que la fixation d'un délai ne peut résulter que d'une décision de justice. « Lorsque je vous ai promis de vous vendre quelque chose sans aucune limitation de temps, pour être déchargé de ma promesse, je dois obtenir contre vous une sentence qui portera que vous déclarerez, dans un temps qui sera limité par une sentence, si vous entendez acheter, et que ledit temps passé, faute d'avoir fait cette déclaration, je serai déchargé de mon obligation » (9).

L'action dont parle POTHIER est une action dite interrogatoire que l'on définit ainsi : c'est l'action dirigée contre un tiers qui a le choix entre deux partis à prendre, et tendant à faire contraindre par justice ce tiers à choisir immédiatement, entre l'exercice de son droit contre la partie ou la renonciation à ce droit. On sait que ces actions sont, en principe, défendues, parce qu'elles n'en-

---

(8) LÉVRIER, *op. cit.*, p. 119. — LALOU: Le pacte de préférence. D.H. 1929, Chr. 43.

(9) POTHIER: *Traité de la vente*, n° 480.

trent pas dans le rôle du juge et tendent à dépasser les limites de sa fonction : le juge doit trancher les litiges qui lui sont soumis, mais il n'a plus comme autrefois le pouvoir de donner des ordres accompagnés de sanctions, et, pour justifier les astreintes, par exemple, il a fallu faire appel à la théorie des dommages et intérêts. Mais, il convient de remarquer que les actions interrogatoires sont surtout critiquables, lorsqu'il s'agit de faire opter une personne qui tient son droit de la loi, car dans ce cas c'est à elle seule à limiter les délais, d'option et il n'appartient à personne d'enlever à une autre les droits que la loi lui reconnaît (10). La solution de POTHIER doit être préférée à la précédente, elle paraît plus équitable et elle cadre avec la doctrine nouvelle, qui tend à donner au juge des pouvoirs qu'on se refusait autrefois à lui attribuer. Mais, elle ne doit pas être adoptée sans restrictions, et il faut l'enfermer dans des limites bien définies. En effet, par la promesse le promettant a aliéné une partie de sa liberté, il s'est mis à la discrétion du bénéficiaire, et s'il n'entendait le faire que pour un certain temps, il n'avait qu'à le stipuler expressément. C'était à lui à prendre ses précautions. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », et donc personne ne peut délier les contractants de leurs engagements. La promesse de contrat ne contenant aucun délai, ce n'est pas au juge à en fixer un, et il faut décider que le droit commun doit s'appliquer : c'est seulement après trente ans qu'elle sera éteinte.

Cependant, toutes les fois que l'intention des parties a été de se référer à un délai plus bref, il faut permettre alors au juge d'intervenir. En pareil cas, en effet, il n'y a pas absence de délai proprement dite, mais bien plutôt délai indéterminé, et c'est par l'appréciation des circons-

---

(10) JAPIOT, loc. cit., n° 68.

tances de fait que le juge précisera la durée de la promesse.

En pratique, la question se pose très rarement devant les tribunaux, car les parties assortissent toujours la promesse d'un délai, dans lequel le bénéficiaire devra prendre parti, sous peine de déchéance.

## § 2. — CAS OU UN DÉLAI EST FIXÉ

Lorsqu'un délai a été fixé par les parties, il semble que toutes les difficultés disparaissent, car il n'y a plus qu'à observer scrupuleusement leur intention. Quand celle-ci n'est pas nettement exprimée, c'est au juge qu'il appartient de trancher les controverses et de se décider selon les espèces.

Pendant longtemps, le seul objet des discussions a résidé dans la question de savoir à quel moment devait intervenir la levée de l'option pour être valable. Faut-il considérer le moment où la levée de l'option est portée à la connaissance du promettant, ou seulement celui où le bénéficiaire a exprimé sa volonté de conclure le contrat ? Si on adopte le premier système, il faudra décider que la levée de l'option sera inefficace bien qu'elle soit intervenue avant l'expiration du délai, lorsqu'elle est parvenue après le délai au bénéficiaire. Pour résoudre cette difficulté, on se trouve en présence des quatre théories soutenues à l'occasion de l'acceptation de l'offre dans les contrats entre absents : théorie de la déclaration, de l'émission, de l'information et de la réception. C'est cette dernière qui semble devoir l'emporter, car, dit-on, l'accord des volontés suppose leur coexistence et leur connaissance, et la majorité des auteurs décident que la volonté produit son effet seulement lorsqu'elle parvient à la connaissance du destinataire. La jurisprudence paraît adopter cette solution, et la Cour de cassation a eu à se prononcer

récemment sur la question : elle a décidé dans un arrêt du 18 avril 1934 (11) que la ratification de la levée de l'option, effectuée par une personne non pourvue d'un mandat valable, devait intervenir avant l'expiration du délai, si on veut éviter la déchéance. Il faut remarquer, qu'en pareil cas, on ne peut pas invoquer la règle de la rétroactivité de la ratification, car cette règle suppose essentiellement que la ratification a été donnée en temps utile. Pour admettre la théorie de la réception dans l'hypothèse de la promesse de contrat, on fait valoir très justement que le délai accordé au bénéficiaire est généralement assez long pour qu'on puisse exiger de lui qu'il fasse parvenir sa décision avant son expiration. Ce système a l'avantage de supprimer toutes les incertitudes et toutes les discussions qui se produisent lorsqu'il s'agit de déterminer le moment précis où la volonté a été déclarée, et à l'expiration du délai le promettant est définitivement fixé. « En un mot quand un délai est accordé, il faut que tout soit irrévocablement fixé à la fin du dernier jour du délai » (12). C'est d'ailleurs la solution conforme à l'art. 1162 aux termes duquel « dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

Aujourd'hui, la détermination du moment où doit intervenir la levée de l'option est passée au second plan ; les difficultés se sont concentrées autour de l'interprétation de la législation de la guerre et de l'après-guerre qui a prorogé les délais fixés dans les conventions (13).

En général, la promesse de contrat est consentie à l'occasion d'un autre contrat, la promesse de vente est le plus souvent adjointe à un bail, la promesse de société

---

(11) S. 1934-1-230.

(12) DEMOGUE, loc. cit., II, n° 514.

(13) THIRION: Le bail avec promesse de vente, p. 117 et ss. — PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, p. 202, note 1.

est contenue dans un prêt, et il faut déterminer quelle est la répercussion de la prorogation du contrat principal sur la promesse qu'il renferme. La question a été uniquement résolue à l'occasion de la prorogation des baux, mais elle est de nature plus générale, elle peut se poser dans tous les cas où une promesse est insérée dans un contrat à exécution successive. Il convient d'examiner brièvement comment les difficultés se sont présentées, et la façon dont elles ont été résolues. Une pareille étude est profitable à plusieurs points de vue. Tout d'abord les parties peuvent, soit d'un commun accord, soit après intervention de justice, modifier les éléments d'un contrat qui les lie pour une durée déterminée : ainsi un bail peut être prolongé, par tacite reconduction par exemple, ou il peut être résilié, et il s'agit de déterminer l'influence de ces modifications sur la promesse de vente qui y est jointe. C'est donc là un problème de nature à se poser à toutes les époques. D'autre part, dans le temps où nous vivons, le législateur, asservi aux intérêts particuliers et dominé par des préoccupations électorales, s'attribue le droit d'intervenir fréquemment dans les conventions conclues entre particuliers et d'en proroger les clauses de déchéance : ainsi une loi du 29 juin 1929 est venue proroger les baux en cours, et les difficultés soulevées dans l'après-guerre peuvent encore se présenter. L'intérêt de la question n'est donc pas seulement rétrospectif.

Avant d'aborder l'étude de l'influence des modifications dans la durée du bail sur la promesse de vente, il faut remarquer que la question ne peut se poser que dans les cas où l'on déclare la promesse indivisible avec le bail, où l'on voit dans l'opération, bail et promesse de vente, un acte complexe. Il a déjà été indiqué que la non-complexité était présumée par la Cour de cassation, et la jurisprudence peut ainsi être résumée : Un bail et une promesse de vente sont des conventions essentiellement

distinctes ; leur indivisibilité ne saurait résulter que de la convention des parties. Cette formule laisse une large place à la volonté des parties, et il arrive souvent que celles-ci lient le bail et la promesse, quant à leur durée ; mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que leurs intentions soient nettement manifestées en ce sens. La clause d'un contrat ainsi rédigée : « la promesse de vente est consentie pour une durée égale à celle du bail », relevée dans un formulaire notarial, peut donner lieu à des difficultés d'interprétation. Comme le fait remarquer M. THIRION, « stipuler que la promesse de vente pourra se réaliser pendant la durée du bail, ce n'est pas subordonner l'exercice de cette faculté à l'existence du bail qui la gouvernerait à la manière d'une condition. C'est tout simplement un mode de fixation du délai de cet exercice, délai égal non à la durée effective du bail, mais à sa durée convenue » (14).

Par conséquent, pour déclarer que la promesse de vente et le bail sont solidaires quant à leur durée, il faut que cela résulte manifestement, non seulement des termes employés par les parties, mais aussi du but qu'elles se sont proposé.

Quand il en sera ainsi, en principe la promesse durera autant que le bail, et il faut décider, que si celui-ci persiste plus de trente ans, la promesse ne sera pas prescrite par ce laps de temps : c'est là une hypothèse qui s'est présentée devant la Cour de cassation, et qui mérite d'être signalée à raison même de sa rareté (15).

Cependant, si les parties ont lié la promesse à la durée effective du bail, il est quelquefois douteux qu'elles aient envisagé des situations absolument exceptionnelles ; et il

---

(14) THIRION, thèse citée, p. 71.

(15) Cas. Req. 9 juillet 1883, S. 1885-1-445. — DEMOGUE, T. II, p. 82.

convient d'étudier chaque cas où le bail se trouve modifié dans sa durée.

Il faut examiner en premier lieu l'hypothèse où le bail est prolongé, soit par l'effet d'une prorogation légale, soit par tacite reconduction. La première loi qui est venue proroger les baux a été promulguée le 9 mars 1918, et depuis elle a été suivie de beaucoup d'autres. Il semble même que le législateur recoure par périodes à ce procédé, pour apaiser, aux époques de crise du logement et d'augmentation de la vie, les conflits qui deviennent aigus entre propriétaires et locataires.

La Cour de Paris (16) avait décidé que la prorogation du bail entraînait la prorogation de la promesse quand celle-ci est « une condition essentielle du contrat ». Par conséquent le locataire bénéficiaire de la promesse pourrait encore en demander la réalisation pendant toute la durée du bail prorogé. Mais la Cour de cassation a adopté la solution contraire (17) et elle a invoqué, à l'appui de sa thèse, deux arguments qui se complètent l'un l'autre. Tout d'abord il faut noter que le texte même de la loi ne prévoit pas la promesse de vente. Dans le projet de loi, au contraire, il en était question, et une disposition spéciale stipulait que « le délai de réalisation (de la promesse) ayant expiré postérieurement au 1<sup>er</sup> août 1914 serait prorogé de plein droit dans les mêmes conditions et délais que les baux et locations ». Or, ce texte ne fut pas adopté, car dans la discussion on décida que la promesse de vente continuerait à être régie par le décret du 10 août 1914, aux termes duquel les délais qui devaient normalement prendre fin pendant la période des hostilités, étaient prolongés, à partir de la cessation des hostilités, d'un délai égal à celui qui restait à courir au premier

---

(16) 11 mars 1925. D.P., 1925, 2-71.

(17) Cas. Civ. 8 avril 1924. D.P. 1924-1-118. Note H.L. — Cas. Req. 22 octobre 1927. Gaz. Pal. 1928-1-180.

jour de la mobilisation. Puisque la loi de 1918 ne vise pas spécialement l'hypothèse de la promesse, pour l'appliquer à celle-ci il faut décider qu'elle est une condition essentielle du bail et que les parties ont voulu faire un acte complexe par lequel le locataire pourrait transformer pendant toute la durée de la jouissance effective son droit précaire en un droit de propriété durable. Mais pour en décider ainsi, il faut que la volonté des contractants soit nettement manifestée en ce sens, et cela se produira rarement : en effet, lorsque les parties ont stipulé que le droit résultant de la promesse « durerait autant que le bail et le maintien du locataire en cette qualité, dans les lieux loués », il est bien probable qu'elles n'ont pas visé cette hypothèse exceptionnelle où le bail serait prorogé par une intervention du législateur qu'elles n'ont pas pu prévoir. Aussi, il est conforme à l'intention des parties d'adopter la solution de la Cour de cassation, et d'autre part les lois exorbitantes du droit commun doivent être interprétées strictement et appliquées aux seuls cas qu'elles envisagent. Pour que l'indivisibilité initiale subsiste, il faut qu'elle soit maintenue à chaque renouvellement, et comme la prorogation s'impose au bailleur il sera très rare qu'il consente à prolonger la promesse.

Au cas où le bail est prolongé par tacite reconduction la solution doit être moins stricte (18). En effet, les parties ont pu prévoir cette éventualité, et lorsqu'elles ont déclaré leur convention indivisible quant à sa durée, on peut dire qu'elles se sont référées implicitement par là même à cette hypothèse. Si tacitement le bail continue, il faut décider que les clauses qui, tout en étant étrangères au bail, ont pour objet la chose louée et sont une des conditions du bail, doivent être maintenues. Ici, il n'est pas contraire à l'équité de déclarer que le bailleur est

---

(18) Paris, 3 déc. 1930. D.H. 1931, p. 57.

tenu, puisqu'il ne dépendait que de lui de faire cesser sa promesse en donnant congé au locataire.

Quand le bail est écourté dans sa durée, il convient d'appliquer les mêmes principes. La résiliation peut avoir sa source, soit dans un fait du bailleur, soit dans un fait du preneur. En pratique, la première hypothèse ne se réalise jamais, et, au point de vue de l'incidence de la résiliation du bail sur la promesse, elle ne présente aucun intérêt : en effet, dans les cas où le preneur peut demander la résiliation du bail pour changements apportés par le bailleur dans la destination de l'immeuble, il est évident qu'il ne demandera pas à acquérir la propriété d'un bien dont la jouissance ne l'intéresse plus, en fait, le preneur ne lèvera pas l'option.

Lorsque le bailleur demande la résiliation pour inexécution par le preneur de ses obligations, il faut alors distinguer selon l'intention des parties pour déterminer le sort de la promesse. Généralement une clause du contrat prévoit cette hypothèse spéciale : il est stipulé expressément, par exemple, que « dans le cas où le bail qui précède viendrait à prendre fin ou à être résilié pour défaut de paiement des loyers et au cas d'inexécution des obligations, la promesse de vente sera considérée comme nulle, non faite ni avenue ». Par conséquent les parties ayant décidé qu'il y aurait indivisibilité à ce point de vue, il faut en conclure que la résiliation du bail emportera extinction de la promesse (19). Mais lorsque le bailleur demande la résiliation du bail, le preneur ne peut-il pas répondre en demandant la conclusion du contrat définitif ? En effet, le bailleur dans ce cas n'a plus aucune raison de se plaindre, il touchera le prix de vente tel qu'il avait été fixé dans la promesse, et peu lui importe donc que les lieux loués aient été dépréciés ou détériorés par une jouissance

---

(19) Req. 8 avril. S. 1930-1-331. Paris, février 1925. D.P. 1926-2-1.

abusive. Cependant, on ne doit pas adopter cette solution, car elle n'est pas juridique, et dans certains cas, elle serait préjudiciable au bailleur lui-même : ainsi, si la résiliation est prononcée pour défaut de paiement des loyers, ce manquement du preneur à ses obligations traduit normalement un état d'insolvabilité, et par conséquent si on déclare que le preneur peut lever l'option, le bailleur perdra non seulement les loyers non payés, mais éprouvera des difficultés pour obtenir le prix de vente et la résolution de celle-ci deviendra peut-être nécessaire. D'ailleurs dans les cas où il est stipulé que la résiliation du bail emportera extinction de la promesse, il faut décider que la levée de l'option intervenue après la résiliation du bail est inefficace, parce que faite tardivement. En pratique, la détermination du moment où le bail est résolu peut quelquefois soulever des difficultés : lorsque les parties ont convenu que le bail serait résilié de plein droit, par le seul fait de l'inexécution par le locataire d'une obligation lui incombant, on ne peut admettre celui-ci à demander la réalisation de la promesse ; mais si les parties n'ont pas prévu la façon dont se produirait la résolution du bail, la Cour de cassation admet que dès la levée de l'option le preneur acquiert la propriété de l'immeuble, et par conséquent, le bailleur n'est plus fondé à demander la résiliation du bail même pour un fait antérieur à la réalisation de la promesse (20).

Le bail peut encore être résilié pour destruction fortuite de l'immeuble : mais dans cette hypothèse la question de la survie de la promesse de vente peut paraître, à première vue, dénuée d'intérêt, car il est certain, dit-on, que le preneur ne lèvera pas l'option. Cependant il n'en est pas toujours ainsi : mais pour résoudre ce problème, il convient d'abord de savoir si le bénéficiaire peut en

---

(20) Req. 8 avril 1930, S. 1930-1-331. — Req. 31 juil. 1934, S. 1934-1-289.

pareil cas demander la réalisation de la promesse, et cela sera étudié dans le chapitre suivant.

Il ressort de cette brève étude que la promesse de contrat ne subit pas le contre-coup des modifications qui surviennent dans la durée du contrat qui la contient. Pour qu'il en soit autrement, il faut que les parties l'ait nettement stipulé, et, lorsque la prorogation provient d'une intervention du législateur, on ne peut admettre la solidarité que dans des cas exceptionnels, lorsque les parties ont établi une indivisibilité complète et totale.



## CHAPITRE II

### LA PROMESSE DE CONTRAT ET LES ÉVÉNEMENTS ULTERIEURS

---

De même qu'un terme peut être fixé à l'obligation du promettant, les parties peuvent aussi subordonner l'extinction de la promesse à l'arrivée d'un événement futur et incertain : la promesse de contrat peut être soumise à une condition résolutoire : si le bénéficiaire n'a pas levé l'option avant la réalisation de la condition, il ne pourra plus y procéder lorsque l'événement prévu se sera réalisé, car la promesse sera alors anéantie. En pratique, on trouve peu d'exemples de promesse de contrat soumise à une condition résolutoire expresse, mais il arrive fréquemment que les parties ont entendu contracter en considération de circonstances données ; la condition résolutoire est souvent facile.

Ainsi, lorsqu'une loi d'ordre public, intervenue entre la promesse et le contrat, modifie les effets de celui-ci, il faut reconnaître au promettant le droit de refuser d'exécuter sa promesse, sans encourir de dommages et intérêts. En effet, la situation en vue de laquelle il avait traité était

différente : le but que le contrat permettait d'atteindre ne pouvant plus être obtenu de la façon prévue, il faut considérer le promettant comme déchargé de son obligation. Par conséquent, il convient de dire que la promesse de contrat s'éteint par l'effet d'une législation nouvelle venant apporter des perturbations dans l'économie du contrat promis. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il s'agisse d'une loi d'ordre public, car au cas de loi interprétative, il n'y aura pas lieu de l'appliquer puisque la volonté des parties a été de soumettre leur acte à la réglementation ancienne (1).

En dehors de cette hypothèse exceptionnelle, la promesse de contrat peut-elle subir le contre-coup des changements survenus dans la personne des parties, ou dans la valeur de l'objet du futur contrat ? Afin de préciser les idées, et pour montrer l'importance du problème qui va être examiné, on peut citer deux exemples types : celui qui a promis un prêt peut-il être contraint à verser les deniers lorsque le futur emprunteur est tombé en faillite ? Celui qui a promis d'acheter un immeuble doit-il réaliser sa promesse à la demande du bénéficiaire-vendeur lorsque l'immeuble a péri ou est détruit ?

#### § 1. — CHANGEMENTS SURVENUS DANS LA PERSONNE DES PARTIES

La mort, en principe, n'est pas une cause d'extinction des obligations : les héritiers qui recueillent les créances sont tenus de payer les dettes, et ils ne peuvent pas arguer de la mort de leur auteur pour se refuser à exécuter ses engagements. On a vu précédemment que l'obligation résultant d'une promesse de contrat n'est pas de celles qu'on stipule en considération de la personne, et par conséquent, sauf

---

(1) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 148.

le cas où le contrat est consenti « *intuitu personae* », il faut décider que les héritiers du promettant sont tenus d'exécuter la promesse, c'est-à-dire de passer le contrat, et d'autre part que les héritiers du bénéficiaire peuvent exiger la conclusion du contrat définitif (2).

Le type de promesse de contrat où la personne des parties constitue un élément essentiel est la promesse de société en nom collectif, et il a été jugé que la mort de l'un de ses auteurs survenue avant l'époque où elle devait recevoir son exécution entraîne la résiliation de la promesse. Il est d'ailleurs plus exact de dire que la mort de l'une des parties rend impossible l'exécution de la promesse (3).

Dans certains cas, il est difficile de déterminer si la promesse a un caractère personnel ou non : ainsi on peut très bien soutenir que la mort du crédité entraîne l'extinction de l'ouverture de crédit, de telle sorte que le créancier peut refuser de verser les fonds aux héritiers du bénéficiaire de la promesse de prêt ; en effet, on peut supposer que celui qui promet de prêter ne s'engage qu'envers une personne déterminée, qui lui inspire confiance, et non envers ses héritiers qui sont peut-être d'une solvabilité ou d'une honnêteté douteuse. Cependant, en pratique, la solution contraire a triomphé.

Généralement, on admet que le pacte de préférence est consenti en considération de la personne du bénéficiaire, par conséquent ses héritiers ne peuvent pas s'en prévaloir et sa mort entraîne donc la caducité de l'obligation du promettant ; mais la personne de celui-ci est indifférente, et ses héritiers sont tenus d'exécuter le pacte de préférence (4).

---

(2) LEDUC, thèse citée, p. 131 et s.\*

(3) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : La société, n° 384, Paris 24 février 1860. D.P. 1860-2-84.

(4) PLANIOL, RIPERT et HAMEL, X, n° 184. Note GUYOT au S. 1934-2-33.

Enfin la promesse de vente est transmissible tant au point de vue passif qu'au point de vue actif, car, dit-on, le bénéficiaire de la promesse n'est intéressé que par le bien et se soucie peu de savoir qui le lui vendra, et le promettant cherche uniquement à toucher le prix de vente, la personne de l'acheteur lui est indifférente (5).

Cependant, lorsque les parties laissent des héritiers mineurs, il a été soutenu que la promesse de vente et le pacte de préférence ne peuvent plus être exécutés, et certains arrêts paraissent adopter cette opinion. C'est là l'hypothèse où l'une des parties devient incapable, dans l'intervalle de temps qui sépare la promesse du contrat définitif, et on a prétendu qu'à raison des formes exigées par la loi pour la vente des biens de mineurs, la promesse de vente et le pacte de préférence devenaient inefficaces.

Dans cette opinion, on reconnaît bien que la minorité n'a jamais valu dispense de payer une dette ; mais on déclare qu'il y a, en quelque sorte, impossibilité objective à exécuter les engagements dont on est tenu : lorsque le bénéficiaire demande à réaliser la promesse, la vente doit être passée aux conditions prévues, ce qui suppose nécessairement une vente amiable, et celle-ci, fait-on remarquer, est impossible aux mineurs. Un arrêt de la Cour de Lyon de 1927 (6) affirme dans ses motifs, que la nécessité légale de la vente aux enchères s'impose dans tous les cas, et apporte un obstacle dirimant à l'exécution des engagements contraires, pris par la personne dont ces mineurs ont hérité. Par le fait que les propriétaires deviennent incapables, l'obligation leur imposant une vente amiable sera frappée d'impossibilité d'exécution, et par là même anéantie.

---

(5) H. LALOU: D.H. 1928, chronique citée.

(6) Lyon, 16 nov. 1927. D. 1928-2-151.

Cette argumentation n'a aucune valeur en ce qui concerne la promesse de vente. En effet, si « les conditions et les formes prévues pour la vente des immeubles appartenant aux mineurs doivent être observées pour toutes les ventes volontaires, cela suppose que les mineurs sont réellement vendeurs » (7) : or ici on ne peut pas dire qu'il y a vente volontaire, puisqu'elle est imposée aux mineurs comme étant l'exécution d'une obligation antérieure valablement contractée et transmise. Il ne s'agit pas pour les mineurs de consentir une vente, le consentement nécessaire ayant été donné par leur auteur, mais de livrer l'objet de la vente, par suite de la réalisation de celle-ci. D'ailleurs la jurisprudence a toujours admis l'opposabilité aux mineurs héritiers des promesses de vente consenties par la personne à laquelle ils succèdent et cette règle est maintes fois appliquée. Ainsi, la clause de conservation du fonds de commerce par l'époux survivant, lorsqu'elle est insérée dans un contrat de mariage, aboutit souvent à obliger les héritiers mineurs du prédécédé à céder ce fonds de commerce au survivant contre le prix résultant de l'estimation ; on a fait sans doute à la clause dont il s'agit, des objections juridiques lorsqu'elle porte sur un fonds propre à l'un des époux : mais on n'a jamais douté qu'en la supposant valable, elle s'imposât aussi bien aux héritiers mineurs qu'aux héritiers majeurs de l'époux prémourant.

Au cas de pacte de préférence, la question est plus délicate à trancher (8). En effet, dans cette hypothèse, le mineur n'est pas obligé de vendre ; s'il le fait, il y a vente volontaire et les formalités légales doivent être observées : or, dit-on, ces formalités empêchent le pacte de jouer. En effet, dans la vente en justice des biens de mineur, le prix est fixé aux enchères, et le plus fort enchérisseur est déclaré

---

(7) LAURENT, T. V, n° 90.

(8) BARTET: Le pacte de préférence. — Henri LALOU: Le pacte de préférence, D.H. 1929, Chr. 43.

adjudicataire, c'est-à-dire acheteur. Mais une enchère égale ne couvrant pas une enchère précédente, le bénéficiaire d'un pacte de préférence ne peut pas se prévaloir de celui-ci, pour se faire adjuger l'immeuble ; s'il en était ainsi l'art. 705 du Code de procédure serait violé.

On pourrait, il est vrai, indiquer par un dire au cahier des charges, que l'adjudicataire sera obligé de rétrocéder l'immeuble au bénéficiaire, si celui-ci prend pour lui l'adjudication dans un certain délai. Il n'y a rien dans la loi qui empêche l'insertion d'une pareille clause : en effet, il y a là une condition résolutoire de l'adjudication et celle-ci n'est pas interdite dans les cahiers de charges des ventes, qui doivent nécessairement avoir lieu aux enchères ; par exemple, les clauses de résolution pour folle enchère sont de style. Mais cet argument se heurte à deux objections graves : d'abord, au point de vue fiscal, il y a lieu de percevoir un double droit de mutation ; en effet, l'adjudicataire devenant propriétaire devra verser le droit exigé, et celui-ci sera à nouveau perçu sur le bénéficiaire du pacte lorsqu'il voudra en profiter. D'autre part, la stipulation au cahier des charges sera de nature à écarter les acheteurs éventuels, car l'adjudicataire ne sera pas sûr de conserver le bien : cette menace d'expropriation découragera tous les amateurs, peu soucieux de faire l'affaire d'autrui. En conséquence, les biens du mineur se vendront mal, et la protection que le législateur a eu pour but de lui accorder en exigeant la vente aux enchères publiques se retournera contre lui. La conclusion de cette discussion est la suivante : le pacte de préférence est caduc lorsque la vente n'a pas lieu à l'amiable.

M. LALOU, dans une note au Dalloz, critique vivement cette solution : « Le fait de la mort du souscripteur, dit-il, ne peut engendrer sa caducité. Aucun texte ne l'indique, et l'« *intuitus personae* », motif de l'extinction par la mort

des parties des contrats où elles figurent, n'existe pas, tout au moins du côté passif. Le bail consenti par l'auteur des mineurs, même s'il est supérieur à neuf ans, doit bien être respecté : pourquoi n'en serait-il pas de même pour le pacte de préférence ? » (9). On a ajouté, dans le même sens, que « les formes imposées pour les ventes de biens de mineurs sont destinées à protéger ceux-ci contre la négligence ou la mauvaise foi du tuteur (par une incidence, assez fréquente d'ailleurs, la protection joue surtout au profit du tuteur que le recours aux formes légales met à l'abri de toute responsabilité) : mais le législateur n'a pas entendu protéger les mineurs contre les actes de leur auteur et les soustraire aux obligations assumées par lui... Ils doivent subir les effets du pacte de préférence consenti par lui en connaissance de cause et souvent moyennant une contre-partie » (10).

Cependant, la jurisprudence récente tend à admettre l'opinion qui déclare le pacte de préférence caduc, lorsque le promettant devient incapable de vendre à l'amiable (11).

D'ailleurs, les difficultés précédentes ne se présentent pas quand les parties ont stipulé que le pacte de préférence ne jouerait pas au cas de vente en justice. Les parties ont alors soumis leur convention à une condition résolutoire : la promesse, contenue dans le pacte, doit être considérée comme nulle et non avenue, si la vente n'a pas lieu à l'amiable. Lorsqu'il en sera ainsi, les héritiers mineurs du promettant ne seront pas tenus du pacte ; celui-ci deviendra caduc par la mort du promettant. Il est quelquefois difficile de déterminer l'intention des parties, et c'est au juge du fait à rechercher si elles ont enten-

---

(9) D.P. 1928-2-151. Dans le même sens : BEQUIGNON-LAGARDE, note cit. Rapp. PLANIOL, RIPERT, X, par Hamel, n° 185, p. 200, note 7. En sens contraire : GUYOT, note citée.

(10) Note BEQUIGNON-LAGARDE, S. 1934-2-193.

(11) Trib. de la Seine, 7 janvier 1933. S. 1934-2-33. Cour de Douai 1934, *Rev. Trim.*, 1935, p. 653. Paris, 30 mars 1933. S. 1934-2-193.

du accorder un droit de préférence seulement sur un acquéreur amiable. L'interprétation souveraine du juge échappe au contrôle de la Cour de cassation, qui n'a pas pu encore se prononcer sur la question de droit. Il convient de remarquer que, bien souvent, les parties ont conclu un pacte de préférence, parce qu'elles pensaient l'utiliser dans un bref délai et, au cas de doute, la convention devant être interprétée au profit de celui qui est obligé, les tribunaux seront fréquemment amenés à décider que l'obligation née du pacte de préférence ne passe pas aux héritiers de celui qui l'a contractée (12).

Enfin, il convient de noter que le bénéficiaire d'une promesse de vente (13) et le bénéficiaire d'un pacte de préférence (14) ne peuvent pas faire inscrire au cahier des charges de vente sur saisie immobilière un dire relatant leur droit : cette solution est généralement adoptée par les auteurs, elle signifie que la promesse de vente et le pacte de préférence ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires, c'est-à-dire deviennent caducs dans ce cas. On appuie cette solution sur le caractère personnel du droit du bénéficiaire, et sur la nature même de la saisie immobilière. Celle-ci, en fait, est organisée de façon à assurer aux créanciers hypothécaires le maximum de protection, la loi a surtout en vue leurs intérêts, et on peut dire que la saisie immobilière « est un rouage essentiel du crédit réel ». Dès le commencement de la procédure, le saisi ne peut plus faire aucun acte susceptible d'entraîner une diminution dans la valeur du gage : il ne peut vendre son bien, et, s'il le fait la vente est considérée comme nulle vis-à-vis des créanciers (art. 686 du C. Proc. civ.). La promesse de vente, consentie avant les poursuites, n'est donc

---

(12) Note Guyot précitée.

(13) Nancy, 2 mars 1889, S. 90-2-127.

(14) Paris, 30 mars 1933. S. 1934-2-193.

pas réalisable après, car c'est au jour de la levée de l'option que la promesse de vente vaut vente.

La mort et l'incapacité totale ou partielle de l'une ou l'autre des parties sont de nature à bouleverser l'existence même de la promesse, à l'éteindre, puisqu'en fait, elle se heurtera à des obstacles qui en rendront impossible l'exécution. La faillite n'est-elle pas de nature à paralyser la promesse ? Le promettant ne peut-il pas invoquer l'état d'insolvabilité présumée dans lequel il se trouve pour refuser de passer le contrat ? et le bénéficiaire en faillite peut-il exiger la conclusion du contrat, alors qu'il est à prévoir au cas où celui-ci ferait naître à sa charge des obligations, qu'il ne pourra pas les exécuter ?

Avant d'aborder le débat il convient d'en préciser les contours, et on est conduit à remarquer que la question ne soulève pas de difficulté toutes les fois qu'il s'agit d'une promesse de contrat consentie ou réalisée pendant la période suspecte qui précède la faillite du promettant. Tous les actes, accomplis pendant cette période, sont régis par le droit commun des articles 446 et 447 du Code de commerce : ils sont nuls, ou peuvent être annulés lorsqu'ils ont été accomplis dans les conditions exigées par la loi. La promesse de contrat pourra donc devenir caduque lorsqu'elle aura été consentie après la date de cessation des paiements. De même, puisque le contrat est formé au jour de la réalisation de la promesse, son sort sera régi par les textes du Code de commerce, lorsque la levée de l'option est intervenue pendant la période suspecte. Ainsi l'hypothèque promise par un commerçant, mais réalisée par acte notarié pendant la période suspecte est nulle selon une décision de la Cour de Paris du 7 juillet 1886.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de contrats conclus bien avant la cessation des paiements, la loi ne contenant aucune disposition générale, il paraît nécessaire de décider qu'ils sont maintenus purement et simplement et s'impo-

sent aux créanciers qui doivent les exécuter aussi complètement que possible. Cependant, cette règle comporte des exceptions, et la loi elle-même a prévu certains cas où des contrats, qui ne sont suspects à aucun point de vue, ne résistent pas au choc formidable de la faillite. Ainsi l'article 1865 du Code civil décide que « la société finit : ...4° par la déconfiture de l'un d'eux ». Lorsqu'un des associés, dans une société en nom collectif, tombe en faillite, le contrat de société est résilié de plein droit. Ce texte s'applique à la promesse : elle devient caduque, car le contrat ne peut plus être réalisé. A cette hypothèse, spécialement prévue par la loi, la pratique et les usages du commerce en ont ajouté une autre : le contrat d'ouverture de crédit, c'est-à-dire la promesse de prêt, s'éteint dès que le crédité tombe en faillite (16). Le promettant, généralement un banquier, est libéré ; mais cette solution, ne s'appuyant sur aucun texte, ne va pas sans soulever des difficultés qui vont être examinées.

Certains auteurs ont prétendu que la masse de la faillite pouvait se prévaloir de l'ouverture de crédit et exiger du créateur le versement des sommes promises, car elles sont peut-être nécessaires pour continuer l'exploitation. En effet, « celui qui a promis un prêt ne mérite pas plus de ménagements que celui qui l'a déjà effectué ; or le prêteur n'est pas autorisé à agir en recouvrement de la somme prêtée, parce que la situation devient précaire, quoique, bien évidemment, le prêt ait été consenti en considération de la situation présente favorable de l'emprunteur » (17). Autrement dit, on ne peut pas arguer des circonstances nouvelles pour ne pas exécuter les conventions valablement conclues, et le promettant ne peut pas se déclarer libéré

---

(15) *Journal des Faillites*, 1886, p. 418. Paris, 24 janvier 1928. D.H., 1928, p. 277.

(16) BONNICHON, thèse cit., n° 32-33-34.

(17) GOPPERT, selon LEDUC, loc. cit., p. 132.

en invoquant un changement dans la solvabilité du débiteur. On ajoute, d'autre part, que l'ouverture de crédit n'est pas un de ses contrats consentis « intuitu personnae », dans lequel la personne du débiteur est prise en considération, et on insiste sur le caractère transmissible du droit du crédit. D'ailleurs, il ne faut pas rapprocher l'ouverture de crédit de la promesse de société : celle-ci devient caduque lorsque le bénéficiaire tombe en faillite, mais cela tient à ce que la société ne peut pas être formée, car elle imposerait des obligations purement personnelles au failli, qui ne peuvent être remplies que par lui seul, et que la masse des créanciers est inapte à accomplir. Or, dans l'ouverture de crédit, il n'en est pas ainsi : l'obligation qui naît à la charge du bénéficiaire lorsque le contrat est conclu est une obligation de rendre, et la masse peut très facilement l'exécuter ; elle intéresse uniquement le patrimoine et n'exige aucune intervention personnelle. Le promettant a assumé une obligation, il doit être tenu de l'exécuter même s'il n'est pas sûr d'obtenir la contre-partie, car la loi annule les contrats, non pas au cas d'inexécution hypothétique, mais seulement au cas d'inexécution consommée.

Cette thèse est peut-être en accord avec les principes généraux du droit, mais elle ne tient pas suffisamment compte des nécessités et des complexités de la vie courante, et aussi de l'intention probable des parties. Celui qui consent une ouverture de crédit a en vue la valeur professionnelle du crédit : il veut lui procurer le moyen de réaliser une entreprise que son activité personnelle peut rendre prospère. Evidemment, la masse des créanciers peut offrir au promettant les mêmes garanties de restitution que le bénéficiaire, mais le créancier n'a peut-être plus aucune raison de favoriser la masse. Il a fait confiance au bénéficiaire et sa confiance a été déçue, mais il ne doit pas être obligé de la reporter sur une autre personne : la masse doit de-

meurer sans droit vis-à-vis de lui. Il n'est pas abusif ou arbitraire de penser que l'ouverture de crédit est toujours faite sous la condition résolutoire : « si le crédit reste solvable » ; cette condition venant à se réaliser (car la faillite rend extrêmement probable l'insolvabilité), il est donc conforme à l'intention du promettant de le déclarer libéré. D'autre part, comme le fait remarquer M. LEDUC (18), si le prêt était réalisé, pour supprimer le risque il faudrait revenir sur un contrat conclu : or, dans la promesse de prêt, la livraison n'ayant pas eu lieu le contrat n'est pas conclu, il est donc très facile de supprimer tout aléa : il n'y a qu'à maintenir le statu quo, à ne pas effectuer la remise de la chose, et ce moyen simple permet de ne pas sacrifier l'intérêt du prêteur à celui de l'emprunteur. Cette solution est consacrée par l'article 610 du Code civil allemand ainsi conçu : « Celui qui a promis de faire un prêt, en cas de doute peut révoquer sa promesse, lorsque la situation de fortune de l'autre partie subit une altération essentielle qui met en péril le droit à la restitution ». De même l'art. 316 du Code fédéral consacre une solution analogue.

En dehors de ces deux hypothèses concernant la promesse de société et la promesse de prêt, n'y a-t-il pas d'autres exceptions à la règle que les actes accomplis avant la période suspecte ne sont pas ébranlés par la survenance de la faillite de l'une des parties ? La faillite manifeste l'impossibilité dans laquelle se trouve actuellement le failli de remplir tous ses engagements, et on pourrait peut-être permettre au promettant de demander la résiliation de la promesse, lorsque celle-ci a pour but de préparer un contrat qui doit mettre à la charge du failli des obligations. Il faut remarquer qu'en fait, même si l'on ne reconnaît pas au promettant le droit de demander la résolution de la promesse, il se trouve au point de vue de l'exécution du

---

(18) Les avant-contrats, p. 135.

contrat dans une situation privilégiée. En effet, lorsque l'une des parties refuse d'exécuter l'obligation qui lui incombe, ou ne peut pas l'exécuter, le cocontractant a à sa disposition « l'exceptio non adimpleti contractus », et par conséquent, le promettant peut obtenir de la masse, si on lui reconnaît le droit d'exiger la conclusion du contrat définitif, qu'elle remplisse intégralement les obligations qui naîtront pour le failli de la réalisation de la promesse.

En général, il est admis que le promettant ne peut pas demander la résiliation de la promesse en invoquant la faillite du bénéficiaire. En effet, il ne subit aucun préjudice, et peut-être n'en subira-t-il aucun, car il n'est pas certain que la réalisation de la promesse soit demandée.

Appliquant ces principes à la promesse de vente (19), très fréquente en pratique, on sera amené à décider que la promesse subit le contre-coup de la faillite du promettant : car il faut distinguer selon la partie qui est tombée en faillite.

Lorsque le bénéficiaire tombe en faillite, le promettant vendeur n'est pas déchargé de l'obligation de vendre. Depuis longtemps il est admis en jurisprudence que la promesse n'est pas résiliée au cas de faillite du bénéficiaire : c'est là la solution contraire à celle qui est consacrée par la pratique au cas d'ouverture de crédit. Le promettant reste tenu, et il ne peut pas demander sa libération en invoquant l'insolvabilité présumée du bénéficiaire. En effet, la vente n'est pas impossible, la masse peut se prévaloir de la promesse et exiger la conclusion du contrat : et comme le promettant a accepté par avance l'incertitude pendant tout le délai fixé, il n'y a aucune raison de l'autoriser à se faire délier de sa promesse. Il faut remarquer aussi que le promettant ne peut pas invoquer la déchéance du terme et exiger du syndic qu'il prenne parti immédiatement, car

---

(19) BONNICHON, n° 140 et ss.

il n'y a déchéance du terme que dans les cas où le failli est débiteur : or ici il est créancier.

Lorsque la masse voudra réaliser la promesse, il semble que le syndic devra être autorisé par le juge-commissaire, parce qu'il en est ainsi dans tous les cas où le syndic invoque un contrat antérieur. D'ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation du 26 octobre 1885 a reconnu au bénéficiaire le droit de lever l'option lui-même, car si le dessaisissement du failli subsiste après le jugement qui prononce la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif, il n'est établi que dans l'intérêt de la masse des créanciers, « d'où il suit que le failli dans cette situation n'est pas absolument incapable d'exercer les droits qui lui appartiendraient avant le jugement déclaratif de faillite et que le syndic n'a pas exercés » (20).

Lorsque c'est le promettant qui tombe en faillite, la question est difficile à résoudre, et un arrêt de la Cour de Paris du 4 juillet 1921 (21) a décidé que le bénéficiaire ne pouvait pas demander la réalisation de la vente au syndic. En effet, jusqu'à la réalisation de la promesse, le bénéficiaire, n'ayant qu'un droit personnel, ne peut pas procéder à la transcription et le rendre opposable aux tiers, en particulier aux créanciers, qui ont un droit sur l'immeuble dès que le syndic a pris l'inscription de l'hypothèque conférée par l'art. 490 du Code de commerce sur l'actif immobilier du failli. La promesse est inexistante vis-à-vis des créanciers, et le syndic n'est pas tenu de passer la vente. Cependant, il semble que cet obstacle, résultant du caractère occulte de la promesse, ne rend pas absolument impossible l'exécution : pourquoi ne pas décider que le bénéficiaire en versant le prix, acquiert la propriété de l'immeu-

---

(20) D. 86-1-51.

(21) *Revue Trimestrielle* 1922, p. 189 et commentaires de DEMOGUE. D.P. 1922-2-104.

ble grevé de l'hypothèque de la masse ? Mais cette solution se heurte à une règle de fond de la faillite. Les biens du commerçant failli sont, en quelque sorte, placés sous séquestre, les créanciers perdent tout droit de poursuite individuelle, et leur titre de créance ne leur donne plus que le droit de participer au partage commun. Le bénéficiaire ne peut donc obtenir la prestation à laquelle il a droit (la propriété de l'immeuble), car se serait le soustraire à la loi du dividende qui régit tous les créanciers produisant à la faillite. Par le jeu des principes généraux, on est ainsi conduit à cette solution paradoxale que la faillite empêche le paiement d'une dette. Dans certains cas, exceptionnels il est vrai, on peut arriver à une solution plus satisfaisante. En effet, il faut décider que le bénéficiaire de la promesse, qui veut se prévaloir de celle-ci, peut produire à la faillite pour la valeur de l'immeuble, à condition de verser le prix stipulé. Il aura intérêt à agir ainsi toutes les fois que la faillite paiera un gros dividende, et que l'immeuble a acquis une plus-value considérable : le bénéficiaire sera colloqué pour sa valeur actuelle, et il arrivera ainsi à toucher plus que le prix de vente qu'il a versé, ou plus exactement qu'il doit verser, car il a le droit de rétention tant que la faillite n'a pas exécuté ses obligations.

Ces solutions concordent avec l'opinion qui a été défendue, selon laquelle la promesse de vente n'est pas une vente conditionnelle : car s'il en était ainsi, le promettant aurait le droit de revendiquer l'immeuble en payant le prix. De même, on a soutenu que la levée de l'option ne réalisait pas automatiquement la vente au cas de refus du promettant, et cette solution est conforme à ce qui se produit en matière de faillite.

De tout cela il résulte que la faillite produit des effets sur la promesse de vente, et avant d'en terminer avec ce

paragraphe disons un mot de ses répercussions sur la promesse d'achat (22).

Lorsque le bénéficiaire vendeur tombe en faillite, on admet que la masse peut demander la réalisation de la promesse, le syndic peut, en transférant la propriété de la chose, exiger le prix convenu ; on décide que le syndic, pour procéder à la vente, doit être muni des autorisations nécessaires pour réaliser une vente avant union et de plus celle-ci doit avoir lieu dans la forme des ventes des biens de mineurs.

Lorsque le promettant-acheteur tombe en faillite, le bénéficiaire n'a aucun intérêt à demander l'achat, car le prix convenu serait payé en monnaie de faillite, c'est-à-dire qu'il ne toucherait qu'un dividende.

## § 2. — MODIFICATIONS DANS L'OBJET DU CONTRAT

C'est seulement dans des hypothèses exceptionnelles et par le jeu des principes généraux que la promesse de contrat subit le contre-coup des changements intervenus dans la personne des parties. En est-il de même des modifications survenues dans l'objet du futur contrat ? L'augmentation de valeur, la dépréciation et même la disparition de l'objet du contrat à conclure sont-elles de nature à avoir une influence sur la promesse, à la faire disparaître ?

La question présente un intérêt dans toutes les promesses qui préparent un contrat visant directement une chose corporelle et, en particulier, elle s'est posée récemment en matière de promesse de vente. Avant d'étudier le cas de disparition complète de l'objet, il faut jeter un coup d'œil sur les hypothèses dans lesquelles la valeur de l'objet augmente, ou diminue par suite, par exemple, d'une destruction partielle.

---

(22) BONNICHON, thèse citée, n<sup>os</sup> 143 et ss.

La plus-value survenant à l'objet du contrat n'empêche pas le bénéficiaire de demander la réalisation de la promesse (23), et on peut être assuré qu'en pareil cas il n'hésitera pas à lever l'option. Le promettant ne peut pas se refuser à passer le contrat, car il s'est mis par la promesse à la discrétion du bénéficiaire et il ne peut pas prétendre, pour ne pas exécuter son obligation, que l'objet promis avait une valeur moindre. Cependant, il profitera de la plus-value lorsqu'il a été stipulé que le prix de l'objet serait fixé par expert, car l'estimation est faite au jour de la levée de l'option. Lorsque la plus-value obtenue par l'immeuble est considérable, il peut y avoir lésion de plus des sept douzièmes, et le promettant peut alors intenter l'action en rescision. Dans ce cas, tout se passera comme si le bénéficiaire de la promesse ne pouvait pas s'en prévaloir, et, si le promettant lui fait connaître son intention d'agir en rescision, le bénéficiaire agira sagement en s'abstenant de lever l'option, dont le seul résultat serait de lui faire encourir des frais et de lui occasionner des ennuis.

Lorsque la plus-value provient d'impenses effectuées par le promettant, certains auteurs ont pensé qu'il était juste de lui permettre d'en obtenir le remboursement. Cette solution ne peut pas être acceptée : en effet, obliger le bénéficiaire à tenir compte au promettant des améliorations qu'il a procurées à l'immeuble, serait permettre à celui-ci de révoquer indirectement sa promesse. Si le bénéficiaire doit payer en plus du prix convenu le montant des améliorations, il ne lèvera pas l'option lorsqu'il ne pourra pas verser ce supplément de prix. D'autre part, le promettant ne mérite aucune protection : sachant très bien qu'il pouvait être évincé de l'immeuble, c'est à ses risques et périls qu'il a effectué des impenses, et c'est lui qui doit les supporter, car il ne peut rien faire qui puisse entraver le droit

---

(23) LEDUC, *th. cit.*, p. 115.

du bénéficiaire. En se fondant sur ces motifs, on a voulu reconnaître (24) au bénéficiaire d'une promesse de vente portant sur un terrain nu, le droit d'obliger le promettant à démolir les constructions qu'il a élevées, et on a essayé de s'appuyer sur l'art. 555 du Code civil ; mais l'article 555 ne peut s'appliquer ici : il vise le cas où un tiers bâtit sur un terrain qui ne lui appartient pas, et il donne le droit au propriétaire, ou de conserver les constructions sans verser d'indemnité, ou d'obliger à les démolir. Or, dans le cas de promesse de vente, les constructions sont élevées par le propriétaire, puisque la propriété n'est transférée que par la levée de l'option.

M. DEMOGUE accorde au promettant le droit d'obtenir le remboursement des « impenses nécessaires et, à concurrence de la plus-value, des impenses utiles » (25), et POTHIER adoptait la même solution en ce qui concerne les frais ayant pour but la conservation de la chose. Dans ce cas, on ne peut pas dire, en effet, que le promettant les a effectuées pour empêcher le bénéficiaire de lever l'option, puisqu'au contraire elles ont pour objet de maintenir le bien dans le patrimoine du promettant. Mais cette solution est de nature à soulever en pratique beaucoup de difficultés, et d'autre part il faut remarquer que, dans une certaine mesure, le promettant est tenu de les effectuer : s'il ne les fait pas, l'immeuble périra, et il pourra être condamné à verser des dommages et intérêts, car on peut relever contre lui une faute, une négligence. Par conséquent, le promettant a le choix, ou d'effectuer les dépenses nécessaires, ou de ne pas les effectuer, auquel cas il encourra des dommages et intérêts si le bénéficiaire demande à réaliser la promesse : en pratique, il sera plus avantageux pour le promettant de

---

(24) Voir *Rev. Trim.*, 1933, p. 495.

(25) *Traité des obligations*, II, n° 516.

choisir la première solution, et il conservera l'immeuble si la levée de l'option n'intervient pas.

La moins-value ne permet pas au bénéficiaire de demander une diminution de prix. En effet, il doit pour conclure le contrat, avons-nous déjà dit, accepter purement et simplement les conditions fixées dans la promesse : si en levant l'option il offrait un prix inférieur, le contrat ne serait pas conclu, car il n'y aurait jamais eu cet accord des volontés sans lequel il n'y a pas de conventions obligatoires. Aussi le bénéficiaire cherchera à obtenir du promettant une diminution de prix, et, si celui-ci refuse, il ne lèvera pas l'option. Donc, en fait, les risques restent toujours pour le promettant ; il est dans une situation très désavantageuse : si l'objet augmente de valeur, il ne peut pas obtenir un supplément de prix ; si l'objet diminue de valeur, il ne touchera pas le prix fixé, car le contrat ne sera pas réalisé. Aussi POTHIER avait tiré argument de cette situation pour décider que le promettant avait droit à la plus-value, même fortuite, car c'est un vieil adage, disait-il, que celui qui supporte les pertes doit aussi profiter des gains, « *quen sequuntur incommoda eundem sequi debent et commoda* ». Cependant, la jurisprudence n'a jamais admis cette opinion. En effet, il n'est pas exact que le promettant supporte toujours la moins-value, car il peut se faire que le bénéficiaire, malgré la diminution de valeur, demande la réalisation de la promesse lorsque la chose présente pour lui un gros intérêt. D'autre part, le promettant s'est engagé, et s'il a consenti à se lier, il a bien dû en retirer des avantages. On ne peut invoquer un changement dans la valeur de l'objet, tenant aux circonstances nouvelles, pour le délier de sa promesse en lui accordant un droit à la plus-value.

D'ailleurs il faut remarquer, comme précédemment, que le bénéficiaire pourra réaliser la promesse sans supporter

la moins-value lorsque les parties ont décidé que le prix serait fixé par expert.

Au cas de promesse d'achat (26) la situation se présente différemment. Une personne ayant promis à une autre de lui acheter un objet déterminé à un prix fixé, le bénéficiaire-vendeur aura tout intérêt à demander l'achat lorsque l'objet s'est déprécié, et normalement le promettant devra verser le prix convenu. C'est une situation qui se présente dans les ventes à option en matière de bourse, notamment dans le marché avec faculté (27). Cette opération est en usage dans les bourses de marchandises, elle consiste en une vente ferme dans laquelle l'une des parties peut à l'arrivée du terme réclamer la réalisation de la vente pour une quantité multiple de la quantité vendue ferme, généralement le double ou le triple. Lorsque la clause est insérée en faveur du vendeur, au terme fixé il demandera à vendre le plus de marchandises possibles quand celles-ci auront diminué, car il touchera le prix convenu lors de la promesse, et son bénéfice consistera dans l'écart existant entre les prix au jour de la convention et au jour de la liquidation de l'opération. Cette hypothèse d'opération de bourse mise à part, on reconnaît au promettant-acheteur le droit d'invoquer l'art. 1601, al. 2 du Code civil : « Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par ventilation ». Par conséquent, le promettant dans la promesse d'achat ne supporte aucun risque : ceux-ci sont toujours à la charge du propriétaire, qui ne peut pas obtenir l'exécution de la promesse lorsqu'il y aurait intérêt, c'est-à-dire quand la chose diminue de valeur. Le promettant a ici un moyen

---

(26) LEDUC, thèse citée, p. 230. — PLANIOL et RIPERT, T. X, par Haimel, n° 183.

(27) A. LECONTE: De la nature juridique des ventes à option. *Rev. Trim.*, 1931.

facile pour se délier de sa promesse, pour ne pas l'exécuter, et on ne prend pas un engagement bien sérieux lorsqu'on promet simplement d'acheter.

Enfin, il faut remarquer que dans tous les cas où la moins-value provient de la faute du propriétaire, dans la promesse de vente comme dans la promesse d'achat (si on ne veut pas invoquer alors l'art. 1601), celui qui joue le rôle d'acheteur a le droit de demander des dommages et intérêts. En effet, dans la promesse de vente, le promettant qui par négligence a laissé la chose se détériorer ou l'a rendue inapte à l'utilisation que voulait en faire le bénéficiaire, est responsable de sa faute et du préjudice qu'il a causé. La meilleure façon de le réparer sera d'obliger le promettant à se contenter d'un prix inférieur au prix stipulé.

Le cas de plus-value ou de moins-value survenant dans la valeur de l'objet soulève donc peu de difficultés, car, dit-on, la vie de la promesse n'en est nullement affectée (28) : mais, il faut noter cependant, que si en droit la promesse ne devient pas caduque, en fait, il arrive souvent que le promettant est libéré, parce que, le contrat définitif ne présentant aucun intérêt pour le bénéficiaire, celui-ci n'en demandera pas la réalisation, ou bien parce que le promettant a le moyen de faire résilier le contrat dès qu'il est conclu.

Lorsque l'objet du contrat est détruit ou péri en entier, la plupart des auteurs affirment que la promesse devient caduque, et que le promettant est libéré, sauf le droit pour le bénéficiaire de demander des dommages et intérêts lorsque la perte de l'immeuble résulte d'une faute du promettant. Celui qui a négligé de faire les réparations nécessaires à la conservation de la chose promise, ou qui a effectué des modifications telles que l'immeuble ne présente plus

---

(28) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 153.

aucun intérêt pour le bénéficiaire, a révoqué indirectement sa promesse, a violé l'obligation primordiale du respect de la parole donnée, et par conséquent il doit être condamné à réparer le préjudice qui en résulte pour les tiers. Ici il est quelquefois difficile de savoir si le bénéficiaire a subi un préjudice. La question ne peut se poser que dans le cas où il demande la réalisation de la promesse, et encore il est à craindre qu'il lève l'option uniquement pour réclamer une indemnité pécuniaire. Quand il est probable que le bénéficiaire n'aurait pas demandé la conclusion du contrat, si celui-ci avait pu faire naître à sa charge des obligations, on ne peut pas condamner le promettant à des dommages et intérêts, car « nul n'est tenu de veiller avec diligence à la conservation de son patrimoine du moment que la dilapidation dudit ne nuit à personne » (29), et d'autre part le bénéficiaire est de mauvaise foi, car il prétend subir un préjudice alors que la perte de la chose le laisse, en réalité, indifférent. C'est au juge du fait à déterminer s'il y a préjudice et comme la bonne foi se présume, il sera souvent alloué des dommages et intérêts.

La perte par cas fortuit ou par force majeure ne peut donner lieu, de la part du propriétaire, à aucune indemnité pécuniaire. On ne peut pas reprocher au promettant d'avoir violé indirectement sa promesse. Mais, avant d'aborder la question de la caducité même de la promesse, il faut remarquer que la perte d'un immeuble peut résulter, soit de sa destruction matérielle proprement dite, soit de sa destruction juridique par sa mise hors du commerce, à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Dans un cas, comme dans l'autre, le propriétaire perd la possibilité de disposer de sa chose, car il n'a plus aucun droit sur elle, et si les auteurs n'ont pas toujours fait ce rapprochement, ils appliquent à ces deux situations la même solution.

---

(29) LEDUC, thèse citée, 110.

Cependant, il convient de faire une différence entre la perte matérielle, et l'expropriation qui donne toujours droit à une indemnité pour le propriétaire, tandis que dans le cas de perte matérielle, en principe, le propriétaire ne touche aucune compensation ; mais il n'en est pas toujours ainsi, par exemple, l'incendie d'un immeuble assuré ouvre le droit à l'indemnité d'assurance, au cas de destruction par le fait d'un tiers le propriétaire a contre lui une action en réparation.

Quoi qu'il en soit, ces deux hypothèses obéissent aux mêmes règles et on estime généralement que la perte totale de l'objet entraîne extinction de la promesse, car « le contrat d'exécution devient impossible faute d'objet » (30) : l'obligation du promettant dont l'objet était l'immeuble disparaît avec celui-ci. On peut relever dans la jurisprudence des solutions conformes à cette opinion, déclarant le promettant entièrement libéré par la perte de l'objet : ainsi la Cour de cassation a décidé le 28 octobre 1924 que le bénéficiaire d'une promesse de vente ne pouvait pas lever l'option, parce que l'immeuble avait été détruit par incendie et bombardement : « Attendu, d'autre part, qu'à la fin du bail, l'immeuble ayant péri totalement par force majeure, la promesse de vente ne pouvait être exécutée faute d'objet » (31). De même le tribunal de Reims a déclaré le bénéficiaire mal fondé dans sa demande de réalisation, motif pris que la promesse était caduque et sans objet, l'immeuble ayant été détruit ; on peut également citer un arrêt de la Cour de Nancy, qui déclare que « les promettants sont bien fondés à soutenir que leur obligation avait pris fin et à refuser de vendre, dès lors que l'acceptation n'a eu lieu que postérieurement à l'incendie qui a détruit

---

(30) LEDUC, th. cit., p. 93.

(31) D.H. 1924, p. 682, motifs des premiers juges.

complètement l'immeuble » (32). En matière d'expropriation, on décide aussi dans le même sens que « si l'immeuble est exproprié pour cause d'utilité publique, c'est le promettant qui profitera seul de l'indemnité, le bénéficiaire n'a acquis aucun droit sur l'immeuble, et la disparition de cet immeuble empêchera la conclusion du contrat (33).

En fait, cette opinion n'est pas toujours suivie, et, en effet, la disparition de l'objet, juridiquement, ne doit pas plus entraîner l'extinction de la promesse que la mort de l'une des parties. Le promettant n'est pas libéré par la perte de l'objet : il se heurte à une impossibilité objective d'exécution, mais la promesse subsiste, et, avant d'essayer de prouver le bien-fondé de cette solution, il faut montrer son utilité pratique. Il est inutile de prétendre que le bénéficiaire a encore le droit de lever l'option lorsque l'objet est péri, car, dit-on, en fait il ne demandera jamais la conclusion d'un contrat qui ne présente plus d'intérêt pour lui. Les exemples de jurisprudence qui ont été cités à l'appui de l'opinion contraire montrent la fragilité de cet argument : en pratique il arrive que le bénéficiaire demande à réaliser la promesse même au cas de disparition de l'objet, et il faut remarquer que la perte complète d'un immeuble est généralement impossible. Celui à qui on fait une promesse de vente portant sur une maison a intérêt à lever l'option, même au cas de destruction totale de cette maison, lorsque l'emplacement du terrain sur lequel elle était bâtie est très avantageux pour lui, soit à cause de sa proximité d'immeubles qu'il possède déjà, soit à cause de sa situation particulièrement propice au genre de commerce ou d'industrie qu'il exploite. La destruction des bâtiments

---

(32) Nancy, 3 nov. 1923, *Gaz. Pal.* 1924-1-227. — La décision du tribunal de Reims a été infirmée par la Cour de Paris le 19 mars 1929, *Gaz. Trib.*, 1929-2-184.

(33) PLANIOL et RIPERT, Tome X, par Hamel, n° 178. — LEDUC, thèse citée, p. 129.

n'empêche pas la subsistance du véritable immeuble, le sol, dont les constructions empruntent seulement par accession le caractère immobilier. On peut dire, il est vrai, que ce n'est pas un terrain nu qu'on avait promis de vendre, mais à supposer que cette destruction change profondément les conditions de la convention, il appartient à l'acheteur seul d'invoquer cette circonstance (34). D'autre part, cette solution est encore plus pratique lorsque la perte de l'immeuble donne droit à une indemnité : évidemment, il n'est pas question de reconnaître au bénéficiaire un droit sur l'indemnité, sauf dans les hypothèses où la loi a prévu elle-même cette subrogation ; mais si l'immeuble est reconstruit, ne doit-on pas reconnaître au bénéficiaire le droit de lever l'option, s'il se trouve encore dans les délais impartis pour le faire ?

Par conséquent, reconnaître au bénéficiaire la survivance de son droit n'est pas lui attribuer une faculté vaine et ne présentant aucun intérêt. D'ailleurs, au point de vue juridique, il est erroné de prétendre que la promesse tombe faute d'objet. En effet, parmi les conditions de validité de la promesse on a mentionné la nécessité d'un objet, et c'est là un élément essentiel de tout contrat : mais on a décidé que le consentement du promettant était l'objet du contrat de promesse. « L'objet de son obligation est de donner par avance son consentement pour pouvoir réaliser le contrat qu'il promet de conclure ». Ce qui est dû, c'est essentiellement le consentement, et la destruction de l'objet du contrat à conclure n'est pas la disparition de l'objet du contrat de promesse : logiquement, il faut décider que celui-ci subsiste jusqu'à l'échéance, et cette solution est souvent consacrée par les tribunaux, elle a été adoptée par certaines lois spéciales.

---

(34) THIRION, *th. cit.*, page 142.

Avant de citer des exemples légaux et jurisprudentiels qui confirmeront notre opinion, il faut remarquer qu'une hypothèse absolument similaire, se produisant en matière de société, est résolue de façon identique : ainsi, les auteurs décident que la destruction de l'objet matériel de la société n'est pas une cause de dissolution de celle-ci lorsqu'une forte indemnité d'assurance permet de le reconstruire ou de le remplacer : l'objet social, consistant dans l'exploitation d'une chose matérielle et non pas dans la chose elle-même, n'a pas disparu. La société ne peut pas être dissoute, et il est conforme à l'intention des parties, au moment où elles ont contracté l'assurance, de décider que l'indemnité devait être utilisée à la reconstruction de l'immeuble. Cette solution s'impose, « *mutatis mutandis* », en matière de promesse de société : celle-ci subsiste même au cas de destruction de l'apport, lorsqu'il est assuré ; si la chose appartient au bénéficiaire et si celui-ci la remplace, le promettant ne peut pas refuser la conclusion du contrat de société, à moins qu'il ait eu en vue les qualités spéciales de la chose qui vient de périr. Quand la chose était due par le promettant, il pourra encourir des dommages et intérêts, s'il se refuse à la remplacer lorsque le bénéficiaire demandera la conclusion du contrat de société (35).

Ainsi, l'opinion selon laquelle la promesse subsiste même au cas de destruction de l'objet du futur contrat, n'a rien d'extraordinaire, et le législateur l'a lui-même admise.

L'article 10 de la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre dispose que « le remploi est également de droit s'il est voulu... par les bénéficiaires d'une promesse de vente », ceux-ci ont « leurs droits reportés sur la chose reconstituée, sous réserve du privilège consenti par l'Etat..., qu'ils peuvent, avec l'autorisation du tribunal, le débiteur entendu, et en souscrivant aux conditions du remploi aux lieu

---

(35) MATULESCO, thèse citée, p. 82 et ss.

et place du débiteur, être subrogés dans les droits attribués à ce dernier par la présente loi ». Par conséquent, le bénéficiaire a le droit de lever l'option, ce qui suppose la persistance de la promesse malgré la destruction de l'objet. La solution de la loi du 17 avril 1919 est encore adoptée par une loi du 25 octobre 1919 qui décide que le locataire d'un immeuble détruit pendant la guerre « peut demander que l'effet du bail soit reporté sur l'immeuble reconstitué à l'aide de l'indemnité versée par l'Etat ». Lorsqu'une promesse de vente était à l'origine jointe à ce bail, il serait arbitraire de décider qu'ayant été éteinte par la destruction de l'immeuble, elle ne peut plus revivre alors que le bail est rétabli.

Les tribunaux adoptent quelquefois cette solution, qui, à notre avis, devrait prévaloir dans tous les cas. Ainsi, la Cour de Paris a décidé le 19 mars 1929 (36) : « Lorsque l'immeuble faisant l'objet d'un bail avec promesse de vente a été détruit par faits de guerre, cette destruction entraîne la résiliation du bail, puisqu'elle rend impossible pour le preneur et le bailleur l'exercice de leurs droits respectifs. Mais il ne s'ensuit pas que la promesse de vente doive être déclarée sans effet, alors d'ailleurs que le temps fixé pour sa réalisation n'est pas expiré ». De même, la Cour d'Amiens a reconnu que la réalisation de la promesse de vente est possible après la destruction de l'immeuble, le bénéficiaire devenant propriétaire par le seul effet de son option, sous condition de payer le prix, et la Cour de cassation a admis implicitement cette façon de voir (37).

Enfin, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, la Cour de cassation a décidé que la créance représentative de l'immeuble y est subrogée, et, la levée de l'option créant à la charge du promettant une véritable

---

(36) *Gaz. Trib.*, 14-15 juillet 1929.

(37) *Cas. Civ.*, 7 février 1928. S. 1928-1-215.

obligation de donner, il s'ensuit que le bénéficiaire devenu acheteur a droit, ipso facto, à l'indemnité d'expropriation, déduction faite du prix de vente : on reconnaît ainsi au bénéficiaire le droit de demander la conclusion du contrat, même au cas d'expropriation, où il y a bien cependant perte intégrale, et il aura intérêt à agir ainsi toutes les fois que l'indemnité allouée sera supérieure au prix stipulé, c'est-à-dire très souvent, étant donné le montant élevé de ces indemnités (38).

### § 3. — LA CLAUSE REBUS SIC STANTIBUS

De tout ce qui précède, il résulte que l'extinction normale de la promesse de contrat est la conclusion du contrat promis, c'est-à-dire la réalisation du but que les parties se proposaient d'atteindre. Les changements intervenus dans la personne des parties, les modifications dans la valeur de l'objet du futur contrat ne portent pas directement atteinte à la vie même du contrat de promesse, le promettant reste lié : et c'est bien là, la solution conforme à la volonté du législateur de 1804, qui a consacré en termes lapidaires le principe de la rigidité du contrat. L'homme est souverain, et s'il consent à se lier, il doit respecter la parole donnée, il ne peut être libéré que par l'exécution de ce qu'il a promis : « Le contrat légalement formé est une émanation de la loi même et non moins sacré qu'elle » (39) ; le juge, comme les parties, doit respecter le contrat, il ne peut pas le modifier, même s'il est lésionnaire, même s'il est contraire à l'équité. Le promettant n'est déchargé de son obligation que lorsqu'il l'a exécutée, et, si des circonstances nouvelles viennent bouleverser l'économie du contrat

---

(38) PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, VI, p. 198. — Cas. Civ., 19 juin 1924. S. 1927-1-58 et la note.

(39) LOCRÉ, T. 22, II, 29. Rapport de Favart.

à conclure, le juge ne peut pas en tenir compte, le promettant reste tenu de réaliser le contrat qu'il a promis même s'il doit en résulter pour lui un grave préjudice (40).

On a proposé, pour concilier le respect de l'autonomie de la volonté et l'équité, de sous-entendre dans tous les contrats la clause « *rebus sic stantibus* », selon laquelle les parties auraient fait du maintien des circonstances actuelles une condition résolutoire de la convention. Mais, comme le fait remarquer M. RIPERT, cette clause « est contraire à la nature économique du contrat. Si les choses ne devaient pas changer, ce ne serait pas la peine de faire un seul contrat pour des exécutions successives, ou tout au moins ce contrat ne présenterait que le faible avantage de la simplicité. Ce que prévoit le créancier, c'est justement que les choses changeront, et il s'assure contre les inconvénients de cette modification en traitant dès maintenant par une série d'opérations. Il n'a sans doute pas prévu avec exactitude les circonstances futures, mais il a prévu qu'il y aurait une modification des circonstances présentes » (41). Cependant, si on envisage la promesse de contrat du côté du promettant, il est bien possible que celui-ci n'ait promis de faire le contrat que pour le cas où aucun bouleversement ne se produirait dans les événements ultérieurs et qui rendrait plus lourdes les obligations devant en découler. Quoi qu'il en soit, le juge ne peut pas interpréter le contrat de promesse d'une façon tendancieuse, dans le but de le réajuster aux événements.

Néanmoins, les circonstances nouvelles jouent dans notre matière un rôle important, et nous avons vu que dans de nombreux cas le promettant est déchargé en fait, de son obligation sans l'avoir exécutée. L'objectivation de la lésion dans les promesses de vente, l'art. 1601 dans les

(40) PLANIOL, RIPERT, T. VI, par Esmein, n° 153.

(41) RIPERT, loc. cit., n° 82.

promesses d'achat, les formes exigées pour la vente des biens de mineurs ou des biens de faillis, la mort de l'une des parties, dans les nombreux cas où l'on considère que la personne des contractants est déterminante, sont autant de moyens permettant au promettant de tirer parti des circonstances nouvelles. On a même été conduit à décider d'une façon plus directe et plus positive que la clause « *sic rebus stantibus* » devait être présumée dans l'ouverture de crédit au cas de faillite du bénéficiaire, et cette solution doit être adoptée et généralisée en matière de promesse de société. La mort, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des contractants, la survenance d'une infirmité rendant l'un d'eux inhabile à remplir le rôle actif qui lui était réservé dans le fonctionnement de l'entreprise, ou d'un procès, ou d'une inimitié violente éclatant entre eux sans qu'il y ait de faute particulière à reprocher à l'un ou à l'autre, rendent la formation de la société impossible, et autorisent le promettant à faire prononcer la résiliation de la promesse, lorsque ces événements sont assez graves pour justifier sa demande (42).

Devant l'influence considérable du maintien des circonstances actuelles sur l'obligation du promettant, il est permis de se demander s'il ne conviendrait pas de faire de la clause « *rebus sic stantibus* » une application générale dans l'avant-contrat. Ce principe de la force obligatoire des conventions subit de nombreuses exceptions, puisque l'exécution de la promesse se heurte, tantôt à des obstacles matériels, tantôt à des obstacles juridiques, et décider que les parties ont eu l'intention de contracter en vue de circonstances normales, serait le respecter. Lorsque le contrat à conclure sera manifestement contraire à l'équité, il semble préférable d'autoriser les parties à demeurer dans le « *statu quo* » et de libérer le promettant dans tous les

---

(42) Note LACOUR au D.P., 1900-2-369.

cas où l'exécution de son obligation lui ouvrirait un moyen de recouvrer la prestation qu'il a fournie. Quelle utilité y a-t-il à autoriser le bénéficiaire à conclure une vente que le promettant pourra faire tomber par l'action en rescision ? Pourquoi dire que le bénéficiaire de la promesse d'achat a le droit de réclamer la réalisation du contrat, même au cas de détérioration de l'objet, alors que le promettant a à sa disposition l'art. 1601 pour en anéantir, en fait, les effets ? De même, on a vu que les héritiers mineurs ne peuvent pas exécuter le pacte de préférence consenti par leur auteur, et bien souvent les tribunaux sont amenés à décider que l'obligation du promettant lui était personnelle. Au cas de promesse de vente, la faillite du promettant, la vente du bien sur saisie empêchent la promesse de jouer. Faire de la clause « rebus sic stantibus » une condition de la promesse, est tellement conforme à l'intention des parties que dans certains cas cette solution s'impose, en matière d'ouverture de crédit, de promesse de société, par exemple, et aussi en cas de pacte de préférence où l'on prétend que la personne du bénéficiaire est prise en considération et où la personne du promettant est souvent importante. Cette opinion a l'avantage de supprimer beaucoup de controverses théoriques et surtout beaucoup de difficultés pratiques ; elle est consacrée expressément par l'art. 936 du Code autrichien ainsi conçu : « La promesse de réalisation d'un contrat de vente dans l'avenir n'est obligatoire que lorsqu'on a fixé l'époque de cette réalisation et les conditions du contrat, à moins que dans l'intervalle les circonstances n'aient changé de manière à ce que le but proposé ou résultant des circonstances ait été rendu impossible, ou à moins que la confiance de l'une ou de l'autre des parties n'existe plus ». Dans notre droit, un semblable texte fait défaut. Malgré les interventions fréquentes du législateur et aussi du juge, le principe du respect du contrat demeure. Les changements intervenus

dans la personne des parties, ou la rupture de l'équilibre des prestations n'ont aucune influence directe sur la dette du débiteur. Dans la promesse de contrat, comme dans toutes autres conventions, le promettant n'est libéré que par l'exécution de son obligation ou par l'expiration du délai fixé.

## CONCLUSION

---

Les principes généraux du droit permettent de résoudre de la façon la plus adéquate la plupart des difficultés soulevées par la promesse de contrat. C'est seulement lorsqu'il s'agit de déterminer l'influence sur l'obligation du promettant des circonstances nouvelles, et particulièrement des changements dans la personne des parties, que les solutions sont confuses et contradictoires. Seul, un texte légal pourrait mettre fin à ces controverses, mais la solution qu'il devrait adopter serait contraire à celle proclamée par l'art. 1134 « qui implique l'effacement de la puissance publique devant les accords contractuels » (1).

Cependant, cette décision serait, dans une certaine mesure, conforme à la nature même de la promesse de contrat, à son rôle essentiel. Pour la distinguer de la simple pollicitation, révocable « ad nutum », on en a fait un contrat parfait, doué d'une vie propre, et on a tendance à oublier qu'elle est une étape transitoire. Elle crée un lien de droit destiné à disparaître au gré de l'une des parties pour faire place à une situation plus stable et plus définitive. Lorsque la conclusion du contrat définitif, but concret visé par

---

(1) GAUDIN DE LAGRANGE, thèse citée, p. 219, n° 56.

les parties, ne peut donner cette stabilité qu'il devait permettre d'obtenir, il paraît logique de décider que le contrat doit être éliminé, que l'accord préparatoire doit tomber, puisque son exécution ne peut pas procurer le résultat que les parties voulaient obtenir.

Sans aller jusqu'à cette conséquence, certains auteurs ont mis au premier plan le rôle préparatoire de la promesse de contrat. Pour M. DEMOGUE, en particulier, la promesse de contrat est « une assise définitive d'un acte à parfaire » (2), et il prétend que la conception technique capable d'expliquer le mieux les solutions pratiques « consiste à voir dans la promesse une théorie spéciale ». Les éléments du contrat se perpétuent par cela seul, dit-il, qu'ils se sont glissés dans un moule juridique, ici le moule contractuel, d'où ils tirent leur force et leur validité. C'est la forme qui donne à l'acte juridique sa valeur ; et à la question : « Pourquoi ici le « *forma dat esse rei* », M. DEMOGUE répond : « C'est que la loi présume que ces éléments forment déjà une situation de fait sur laquelle les autres personnes ont compté. La sécurité veut qu'il en soit ainsi et cela est naturel : le moule juridique frappe l'esprit du public qui voit là une situation stable sur laquelle il fera fond ».

Autrement dit, la promesse de contrat est obligatoire, non pas parce qu'elle est un contrat, mais parce qu'elle a la forme d'un contrat. Les éléments de la promesse rentrent dans un cadre déterminé qui les rend efficaces. De même que l'antique stipulation rendait obligatoire tout ce que les parties y enfermaient, de même la « convention » constitue un moule qui vivifie tout ce que l'on veut y glisser.

Cette opinion nous semble se heurter directement au principe consensualiste, consacré par notre Code. On con-

---

(2) Traité des obligations, T. II, n° 530.

çoit difficilement cette forme abstraite, puisque dans notre droit, à la différence des législations anciennes, le seul accord des volontés est obligatoire, et le contrat se caractérise par son absence de forme. Dès que le concours des volontés est réalisé, il y a contrat, et l'on ne peut pas parler d'un « moule convention » qui n'existe pas.

D'ailleurs, l'utilité même de cette construction ne nous apparaît pas. Selon M. DEMOGUE, faire de l'avant-contrat un contrat parfait « ayant pour but de faire contracter » ne correspond pas aux solutions pratiques. Cette conception, dit-il, « conduirait à dire que la promesse de contrat ne peut être réalisée si le promettant devient incapable avant l'utilisation de la promesse, elle conduirait à dire qu'il résulte de l'avant-contrat une obligation de faire : celle de vouloir le contrat, se traduisant en dommages-intérêts ». La première conséquence n'a pas été adoptée au cours de notre exposé, et avant de l'examiner en se plaçant au point de vue de l'auteur, il convient de justifier à nouveau et brièvement la seconde.

On a soutenu en son temps que le refus du promettant, lors de la levée de l'option, empêchait le contrat de se former, parce que, dans cette hypothèse, il n'y a jamais eu accord des volontés contractantes. Cette opinion s'appuie sur une jurisprudence certaine : la promesse de société, la promesse de louage de services, d'hypothèque se résolvent en dommages et intérêts ; mais elle n'exclut nullement un mode de réparation plus appropriée. M. DEMOGUE, lui-même, déclare « que cette argumentation est admissible dès que l'on n'admet pas que l'obligation de faire non exécutée, ne peut que se résoudre dans le paiement d'une somme d'argent » (3). Or, personne ne soutient plus aujourd'hui que l'article 1142 a une portée absolue, que l'inexécution d'une obligation de faire ne peut

---

(3) Traité des obligations, T. II, n° 520.

donner lieu qu'à une réparation pécuniaire. En matière de promesse de vente, par exemple, on a vu que le juge pouvait condamner le promettant à transférer la propriété.

Cette opinion est la plus rationnelle, et elle est aussi efficace que celle qui décide que la levée de l'option emporte conclusion du contrat, malgré le refus du promettant. Dans cette conception, le bénéficiaire, dit-on, demande l'exécution d'un contrat conclu : mais il faut remarquer que toutes les fois que cette exécution suppose la participation active du promettant, il ne pourra se faire allouer que des dommages et intérêts ; il est impossible d'obtenir en nature la prestation d'un fait matériel ou d'une bonne volonté continue. Cette solution est adoptée par l'art. 894 du Code allemand de procédure civile (4), ainsi conçu : « Lorsque le débiteur aura été condamné à faire une déclaration de volonté, cette déclaration sera censée faite aussitôt que le jugement aura acquis force de chose jugée... ». Ce texte nous paraît inutile, car, en fait, la situation du bénéficiaire n'est pas changée, et, puisque nous pouvons choisir entre deux opinions qui conduisent à des résultats analogues, nous préférons celle qui est la plus simple et qui est consacrée par la jurisprudence.

Enfin, M. DEMOGUE rejette l'opinion qui veut faire de la promesse un contrat parfait, parce que, dit-il, elle conduit à décider « que la promesse de contrat ne peut plus être réalisée lorsque le promettant devient incapable avant l'utilisation de la promesse ». Cette déduction nous paraît absolument arbitraire, et elle n'a pas été et ne peut pas être adoptée. La conclusion du contrat est l'exécution d'une obligation préexistante, et la survenance de l'incapacité du débiteur ne le dispense pas d'exécuter les obligations qu'il a contractées. Peut-être, indirectement, l'incapacité est-elle de nature à rejaillir sur l'exécution des engage-

---

(4) Promulgué en 1898.

ments antérieurement contractés et valables : mais la minorité, le mariage, l'interdiction, et aussi la faillite n'ont jamais valu dispense de payer une dette. La conclusion du contrat est le paiement de la dette du promettant, et il ne sera libéré que lorsque ce paiement aura eu lieu. Jusque-là, le bénéficiaire conserve son droit ; si, en fait, une impossibilité objective l'empêche de l'exercer, il n'en reste pas moins créancier, et, lorsque les obstacles auront disparu, il pourra opérer le recouvrement de sa créance, c'est-à-dire demander la réalisation de la promesse, s'il est encore dans le délai pour agir.

Par conséquent, l'opinion de M. DEMOGUE qui veut voir dans la promesse de contrat autre chose qu'un contrat parfait ne nous paraît pas devoir être adoptée. La promesse de contrat, tout en étant une étape dans la formation d'un contrat, une phase de sa réalisation, n'en est pas moins elle-même un contrat parfait, existant par lui-même.

Cette conception a influencé les législations modernes, qui ne contiennent aucune théorie générale sur la promesse de contrat : elles lui appliquent les règles générales édictées en matière de conventions. On ne trouve dans les Codes étrangers que des dispositions éparses, dont les plus utiles ont été signalées au cours des développements précédents. Il faut noter la tendance de ces Codes à assurer au bénéficiaire d'une promesse de vente un droit pleinement efficace, opposable aux tiers par l'observation d'une publicité appropriée. Cette solution implique, d'ailleurs, un corollaire indispensable : il convient de limiter strictement le droit du bénéficiaire dans sa durée, parce que les situations incertaines ne doivent pas se prolonger trop longtemps. Dans notre droit, au contraire, la position du bénéficiaire reste fort précaire, car on estime qu'il ne peut pas prétendre rester à la fois sur la réserve et assurer l'avenir au détriment des tiers du commerce juridique. La sécurité

des transactions, la simplification des affaires, les besoins du crédit exigent des situations nettes.

Enfin, il faut remarquer que cette réglementation fragmentaire à laquelle se sont livrés les Codes étrangers correspond parfaitement à la nature même du contrat de promesse. Créé par l'usage, il ne peut être question de l'enfermer dans des règles fixes et immuables. Dans cette matière, l'intention des parties est prépondérante, et ce sont par des considérations pratiques de temps et de milieu qu'il convient de résoudre les difficultés qui peuvent se présenter.

## BIBLIOGRAPHIE

---

### OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5<sup>e</sup> éd. revue, Ed. Bartin, T. III.
- BAUDRY-LACANTINIERE et WHAL. — Précis de droit civil, 14<sup>e</sup> éd., Paris, 1926.
- CAPITANT. — De la cause des obligations, Paris, 1923.
- COLIN (A.) et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 7<sup>e</sup> éd.
- DEMOGUE. — Traité des obligations en général, T. II, n<sup>os</sup> 463 et ss.
- GUILLOUARD. — Traité de la vente et de l'échange.
- JAPIOT. — Traité élémentaire de procédure civile et commerciale. Paris, 1929.
- JOSSEMERAND. — Cours de droit civil positif français, 1930.
- MORIN. — La loi et le contrat, Paris, 1920.
- La révolte des faits contre le Code, 3<sup>e</sup> éd., Granet, 1920.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil français, 3<sup>e</sup> vol., 1932.
- Traité pratique de droit civil français, 14 vol.  
T. VI, n<sup>os</sup> 141 et ss., par Esmein.  
T. X, n<sup>os</sup> 174 et ss., par Hamel. (Prom. de Vente.)  
N<sup>o</sup> 246, par Perreau. (Prom. de bail.)  
T. XII, n<sup>o</sup> 455, par Becqué. (Prom. d'hypothèque.)
- RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1927.
- THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial, 1931.

THESES DE DOCTORAT

- BARTET. — Le pacte de préférence, Paris, 1932.
- BONNICHON. — Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs. Paris, 1900.
- BOYER. — Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles. Toulouse, 1931.
- GAUDIN DE LA GRANGE. — L'intervention du juge dans le contrat. Montpellier, 1935.
- GUILLAUD. — De la nature juridique du contrat de souscription d'obligation et du contrat d'obligation dans les sociétés anonymes. Lyon, 1907.
- GRANIER. — La garantie hypothécaire dans l'ouverture de crédit. Paris, 1914.
- HUGUENET. — Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Lyon, 1910.
- LEDUC. — Des avant-contrats. Paris, 1909.
- LEVRIER. — Contribution à l'étude des promesses de vente. Bordeaux, 1920.
- MAURY. — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. Toulouse, 1920.
- MATULESCO. — De la promesse de société dans les sociétés de personnes. Paris, 1923.
- MEURISSE. — La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion. Paris, 1925.
- PAVES. — Le droit de souscription aux actions nouvelles. Paris, 1929.
- REBOURS. — De la clause d'option dans les contrats et de son application spécialement en matière commerciale. Paris, 1927.
- TITULESCO. — Essai sur une théorie des droits éventuels. Paris, 1907.
- THIRION. — Le bail avec promesse de vente. Nancy, 1930.

ARTICLES DE REVUES

- BOULANGER. — Des conflits entre droits qui ne sont pas soumis à publicité. *Revue Trimestrielle*, 1935.
- COMBESCURE. — Existe-t-il des contrats réels en droit français. *Revue Critique*, 1903.
- DEMOGUE. — Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance. *Revue Trimestrielle*, 1905.
- De la nature et des effets des droits éventuels. *Revue Trimestrielle*, 1906.
- LALOU. — Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles. Cessions actives et cessions passives. D.H., 1928, chr. 1.
- Le pacte de préférence, D.H. 1929, chr. 43.
- LELOUTRE. — De la rétroactivité de la condition. *Rev. Trim.*, 1906.

- LECOMTE. — De la nature juridique des ventes à option. *Rev. Trim.*, 1931.  
LEMAITRE. — Le pacte de préférence, sa nature, ses effets. *Journal des Notaires et des avocats*, 1931, n° 36.615.  
MOREL. — La clause compromissoire en droit commercial. *Rev. Critique*, 1926.  
NAST. — Validité de la clause de conservation d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole propre à l'un des époux. *D.H.*, 1929, chr. 37.  
SALEILLES. — De la responsabilité précontractuelle. *Rev. Trim.*, 1907.  
SAVATIER. — Promesse de vente ou pacte de préférence grevant des successions échues à des mineurs. *Rép. gén. prat. du Notariat*, 1932, n° 23, 174.  
WAHL. — La lésion dans les promesses unilatérales de vente. *Rev. Trim.* 1927.

#### NOTES DE JURISPRUDENCE

- BEQUIGNON-LAGARDE. — S. 1933-2-193 sous Paris, 30 mars 1933.  
BOURCART. — S. 1906-2-241, sous Nancy, 4 avril 1906. — S. 1922-1-117, Req. 15 déc. 1920.  
CAPITANT. — D. 1931-2-1, sous Paris, 21 fév. 1930.  
CELICE. — D. 1928-1-151, sous Civ. 27 juin 1927.  
GUYOT. — S. 1934-2-33, sous Trib. de la Seine, 7 janvier 1933.  
JAPIOT. — S. 1921-2-73 sous Trib. civ. de Caen, 18 avril 1921.  
LALOU. — D. 1922-2-89. D. 1924-1-118. D. 1925-1-123. D. 1925-2-71. D. 1929-1-163. D. 1929-2-166.  
LACOUR. — D. 1900-2-369, sous Lyon 22 fév. 1899.  
NAST. — D. 1932-2-134, sous Aix, 27 avril 1931.  
PERCEROU. — D. 1909-1-425, sous Req. 26 mai 1908.  
PERROUD. — S. 1909-1-217, sous Req. 19 fév. 1907.  
PIC. — D. 1934-2-129, sous Paris, 29 juin 1932.  
RADOUANT. — D. 1933-1-73, sous Civ. 4 mars 1931. D. 1932-1-57, sous Civ. 30 janv. 1932.  
ROUAST. — D. 1928-1-33, sous Civ. 16 nov. 1927.  
TORTAT. — S. 1933-1-377, sous Req. 28 déc. 1932.  
VIALLETON. — S. 1927-1-169, sous Civ. 22 nov. 1926. S. 1930-1-161, sous Civ. 21 juin 1927.



Montpellier, le 21 avril 1936.

Vu, le Président de la thèse,

BECQUE.

Montpellier, le 21 avril 1936.

Vu, le Doyen,

Pour le Doyen, l'Assesseur,

BECQUE.

*Vu et permis d'imprimer.*

Montpellier, le 22 avril 1936.

Le Recteur,

TAILLIART.





